بسم الله الرحمن الرحيم

قال جل شأنه العزيز

فمن يكفر بالطاغوت ويؤمن بالله فقد استمسك

بالعروة الوثقى لا انفصام لها

وهذا هو الجزء الثالث من العروة الوثقى

مما تعم به البلوى

وهو يشتمل على مهمات كتاب القضاء

لسيد العلماء الربانيين حجة الاسلام والمسلمين آية الله في

العالمين خاتمة السلف وبقية الشرف سيدنا الاعظم

المرحوم المبرور السيد محمد كاظم الطباطبائي

اعلى الله في الفردوس درجته

ورفع في الجنان

منزلته مع جده سيد المرسلين

طبعت بمطبعة (الحيدرية) في النجف الاشرف

الشيخ محمد صادق واخيه الشيخ محمد ابراهيم

حفظهما الله تعالى آمين

١٣٤٠ هـ



ولله الحمد والصلوة على محمد وآله ﴿ كتاب القضاء ﴾ وهو الحكم بين الناس عند التنازع والتشاجر ورفع الخصومة وفصل الامر بينهم ولا وجه لما عن الجماعة فى تعريفه بانه ولاية الحكم شرعاً ممن له اهلية الفتوى على اشخاص معينين ثم كونه منصوباً للفصل ورفع النزاع ولاية ومنصب من المناصب الشرعية واما فقد يحتمل من عدم كونه ولاية بل هو حكم شرعى كسائر الواجبات الشرعية مثل وجوب الامر بالمعروف والنهى عن المنكر بل كونه من بعض انواعها فلا وجه له اذ المستفاد من قوله عليه السلام فانى قد جعلته حاكماً او قاضياً كونه ولاية اذ الولاية هى الامارة والسلطنة على الغير فى نفسه او ماله او امر من اموره وهى متحققة فيه فهو نظير ولاية الاب والجد فى مال الصغير ونفسه ونحوها والا فيمكن هذه الدعوى فى ساير الولايات (ثم انه) منصب جليل ومرتبة عالية فانه امارة شرعية وغصن من دوحة الرياسة العامة الثابتة للنبى والائمة ع وخلافة عنهم ع لكن خطره ايضاً عظيم اذ القاضى على شفير جهنم وفى الخبر (قال امير المؤمنين ع) يا شريح قد جلست مجلساً لا يجلسه الا نبى او وصى نبى او شقى وفى آخر القضاة اربعة ثلاثة فى النار وواحد فى الجنة وعن النبى ص من جعل قاضياً ذبح بغير سكين وفى المرسل من حكم بدرهمين بغير ما انزل الله عز وجل فقد كفر بالله وفى آخر من حكم فى درهمين فاخطأ كفر وعن النبى ص لسان القاضى بين جمرتين من نار حتى يقضى بين الناس فاما فى الجنة واما فى النار الى

غير ذلك وهو ﴿ مسئلة ١ ﴾ القضاء واجب كفائي وكذا مقدماته التي منها تحصيل العلم والاجتهاد وقد يكون عينياً كما اذا لم يكن في بلده او ما يقرب منه مما لا يتعسر الرجوع اليه في المرافعة من له اهلية غيره فانه يجب عليه حينئذ عيناً مع فرض حاجتهم الى القاضي وعدم امكان رفع التنازع بالمصالحة ونحوها وكذا اذا كان غيره لكن لم يكن بقدر كفايتهم او كان ولكن لم يكن ممن يعرفه الناس ولم يمكن تعريفه لهم او كانوا يعرفونه بعدم الاهلية لفقد شرط من شروطها فح ايضاً يجب عليه عينا ﴿ مسئلة ٢ ﴾ اذا علم من نفسه عدم العدالة او عدم الاجتهاد حرم عليه التصدي وان اعتقد الناس عدالته واجتهاده ﴿ مسئلة ٣ ﴾ اذا كان في بلد من يكون متصدياً للقضاء والناس يترافعون اليه فان علم بكونه اهلا فلا اشكال في عدم وجوبه عليه عينا وان علم بعدم اهليته لعدم عدالته او عدم كونه مجتهداً او نحو ذلك وجب عليه اعلامهم بخطاهم مع جهلهم بالحال وارشادهم الى نفسه ونهيهم عن المنكر مع علمهم وتعمدهم وان لم يعلم كونه اهلاً او لا حمل على الصحة ولم يجب عليه التصدي عيناً لكن ليس له امضاء حكم ذلك المتصدي مع جهله بحاله وهل يجوز له ترتيب الاثر على حكمه بشراء ما حكم بكونه للمدعي مثلاً او لا فيه اشكال وان كان الظاهر جوازه ﴿ مسئلة ٤ ﴾ اذا كان من له الاهلية متعدداً لكن الناس او خصوص المتنازعين اختاروا واحداً منهم مع العلم باهلية الباقين فهل يتعين عليه او لا الظاهر عدم التعين بل وكذا مع عدم علمهم باهلية غيره وامكان الفحص لهم والعثور عليه ﴿ مسئلة ٥ ﴾ الظاهر عدم الفورية في القضاء اذا ترافع اليه المتنازعان الا مع تضررهما او تضرر احدهما بالتأخير فان الظاهر وجوب المبادرة اليه حينئذ اذا لم يكن له عذر ﴿ مسئلة ٦ ﴾ ذكر جماعة ان القضاء وان كان واجباً كفائياً في صورة تعدد من به الكفاية لكن توليه مستحب عيني لكل من يثق من نفسه القيام بشرائطه لعظم ما يترتب عليه من الفوائد المعلوم رجحانها عقلاً ونقلاً كما ان الاولى تركه لمن لا يثق من نفسه مع وجود من به الكفاية لما فيه من الخطر العظيم واستشكل فيه بعدم جواز اجتماع الاستحباب والوجوب وان كان كفائياً فما دام واجبا لا يتصور كونه مستحبا عينيا ودعوى امكانه فيما اذا تلبس به بعض من يقوم به الكفاية فانه ح يسقط وجوبه بالنسبة الى الباقين فلا مانع حينئذ من استحباب توليه لهم لعدم لزوم الاجتماع مدفوعة او لا بعدم صحة اطلاق الاستحباب عينا اذ ح

يختص بهذه الصورة وثانياً بمنع سقوط الوجوب عن الباقين بمجرد تلبس البعض به ولذا اذا تصدى له غيره قبل ان يفصل الامر كان اتيا بالواجب فيبقى المحذور لم يمكن ان يجاب عن الاشكال بان المراد من استحبابه العينى استحباب المبادرة اليه والمسابقة على الغير فيختلف موضوع الحكمين لكن يبقى اشكال آخر وهو انه كيف يعقل استحباب المبادرة من كل احد عيناً مع كون الفعل واحدا لا يقبل التكرار بل لا يتصور استحباب مثله عيناً وان لم يكن وجوب ويمكن ان يقال ان مرادهم من التولى ليس مجرد المباشرة بل تولى منصب القضاوة وصيرورته قاضياً فى البلد فموضوع الاستحباب غير موضوع الوجوب

﴿ فصل فی شرائط القاضی ﴾

وصفاته وآدابه ؤشروطه امور (الاول والثانى) البلوغ والعقل فلا ينفذ قضاء الصبى وان كان مراهقا بل ومجتهداً جامعاً للشرايط بل وان كان اعلم من غيره ولا المجنون ولو كان ادوارياً فى دور جنونه وان كان عالماً عارفاً بالاحكام وكان جنونه فى غيره هذا فان الجنون فنون للاجماع كما عن جماعة والصراف الاخبار مضافاً الى التقييد بالرجل فى خبرى ابى خديجة مع كون نفوذ الحكم وترتب الآثار من عدم جواز نقضه ورده على خلاف الاصل والقدر المتيقن من الخارج منه هو البالغ العاقل واما التعليل بسلب افعالهما واقوالهما وكونهما مولى عليهما ففيه منع سلب افعال واقوال الصبى مطلقاً وعدم المنافات بين كونهما مولى عليهما وبين صحة القضاء منهما بعد اذن الولى والعمدة الاجماع والاصل (الثالث والرابع) الاسلام و الايمان للاجماع وقوله ع انظروا الى رجل منكم (وقوله تعالى) ان يجعل الله للكافرين على و الاخبار المتواترة المانعة من الرجوع الى غير المؤمن فى رفع التنازع (الخامس) العدالة للاجماع والمنع من الركون الى الظالم اذ هو ظالم لنفسه ولقصوره عن مرتبة الولاية على الصبى والمجنون فكيف بهذه المرتبة الجليلة (السادس) طهارة المولد لفحوى ما دل على عدم قبول شهادته وعدم صحة امامته (السابع) الذكورة فلا يصح قضاء المرأة ولو للنساء للاجماع والنبوى ص لا يفلح قوم وليتهم امرأة وقوله ع ليس على النساء جمعة ولا جماعة الى ان قال ولا تولى القضاء وفى خبر آخر لا تولى المرئة

القضاء ولا تولى الامارة مضافاً الى التقييد بالرجل فى الخبرين والانصراف فى ما فى الاخبار الاذن (الثامن) من العلم باحكام القضاء (التاسع) الحرية عند جماعة بل نسب الى الاكثر ولا دليل على اعتبارها الادعوى كون المملوك مولى عليه وقصوره عن هذا المنصب وكون اوقاته مستغرقة فى خدمة المولى وهى كما ترى فالاظهر عدم اشتراطها اذا اذن المولى (العاشر) الاجتهاد فلا ينفذ قضاء غير المجتهد وان بلغ من العلم والفضل ما بلغ للاجماع كما عن جماعة ولان نفوذ الحكم وترتيب آثاره على خلاف الاصل والقدر المتيقن هو حكم المجتهد وايضاً يظهر من الايات والاخبار ان منصب القضاء مختص بالنبى والائمة ع كقوله تعالى (فلا وربك لا يؤمنوا حتى يحكموك فيما شجر بينهم) وقوله تعالى (وأن تنازعتم فى شئ فردوه الى الله والرسول) وقوله تعالى (انا انزلنا اليك الكتاب لتحكم بين الناس الآية) وقوله ع اتقوا الحكومة فان الحكومة انما هى للامام العالم بالقضاء العادل فى المسلمين لنبى اووصى نبى وقول امير المؤمنين ع لشريح ياشريح قد جلست مجلساً لا يجلسه الا نبى اووصى نبى اوشقى فيتوقف جوازه من غيرهم على الاذن منهم والاخبار الدالة على الاذن مختصة بالعلماء ورواة الاخبار الظاهرة فى القادر على استنباط الحكم منها كمقبولة عمر بن حنظلة انظروا الى من كان منكم قد روى حديثنا ونظر فى حلالنا وحرامنا وعرف احكامنا فارضوا به حكماً الخ والتوقيع الرفيع واما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتى عليكم وانا حجة الله عليهم وخبر تحف العقول مجارى الامور والاحكام على ايدى العلماء بالله الامناء على حلاله وحرامه وخبر ابى خديجة انظروا الى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فجعلوه بينكم فانى قد جعلته قاضياً فتحاكموا اليه وخبره الآخر اجعلوا بينكم رجلاً ممن عرف حلالنا وحرامنا فانى قد جعلته قاضياً والمرسل اللهم ارحم خلفائى قيل يارسول الله ص من خلفائك قال الذين يأتون بعدى يروون حديثى وسنتى والمروى فى الفقه الرضوى ع منزلة الفقيه فى هذا الوقت كمنزلة الانبياء فى بنى اسرائيل الى غير ذلك اذ من المعلوم ان العامى لا يصدق عليه اسم العالم ولا الراوى ولا يصلح ان يكون خليفة لرسول الله ص ولا ان يكون بيده مجارى الامور ولا ان يكون بمنزلة الانبياء فمقتضى هذه الاخبار عدم جواز

تصدي غير المجتهد للحكم والمرافعة من غير فرق بين ان يكون من اهل العلم مع عدم بلوغه حد الاجتهاد ويحكم بمقتضى ظاهر الاخبار وكلمات الفقهاء او كان مقلد المجتهد جامع للشرايط ويحكم بمقتضى فتوى ذلك المجتهد بعد اطلاعه على جميع مايتعلق بتلك الواقعة بالتقليد ولا وجه لما قد يقال من ان المستفاد من الكتاب والسنة صحة الحكم بالحق وبالعدل والقسط من كل مؤمن كقوله تعالى (ان الله يأمركم ان تأدوا الامانات الى اهلها واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل) وقوله تعالى (ياايها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط) ومفهوم قوله تعالى (ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الفاسقون) كما في اية اوهم الكافرون كما في اخرى وقوله عليه السلام القضاة اربعة الى ان قال ورجل بالحق وهو يعلم فهو في الجنة وغير ذلك واذا علم بالتقليد ان الحق كذا فله ان يحكم بمقتضاه ويصدق انه حكم بالقسط والعدل والحق ويكون حكمه حكم مجتهده وحكم مجتهده حكم الائمة ع وحكمهم حكم الله اذ فيه ان الاخبار المتقدمة مقيدة لهذه الايات والاخبار مع ان الظاهر من هذه ارادة الامر بالمعروف ومقام جواب السؤال عن الحكم في المسئلة وعلى فرض شمولها لمقام الحكم لا دلالة فيها على وجوب ترتيب جميع اثار الحكم من وجوب قبوله وعدم جواز نقضه حتى من مجتهد آخر وجواز احلافه ونحو ذلك مع ان التفات المقلد الى جميع المزايا والدقايق والخصوصيات المتعلقة بالوقايع ومافيها من الاحكام في غاية البعد بل قريب من المحال ثم ظهر مما ذكرنا ان المقلد لا اهلية له للتصدي للمرافعة وان اذن له مجتهده او نصبه قاضياً فان نصبه له لا ينفعه في اهليته فما قد يقال من ان مقتضى عموم ولاية المجتهد جواز نصب القاضي كما كان للائمة ع لا وجه له لان المفروض ان اذن الامام ع شرط وهو مختص بمن يقدر على الاستنباط وكونه مجتهداً وكذا الاوجه لما قاله بعضهم من انه لا يبعد جواز ارجاع المجتهد بعد ترافع الخصمين اليه الامر الى مقلده العادل العالم بجميع احكام الواقعة الخاصة فعلاً او بعد السؤال في تلك الواقعة وامره بان يفتش عن حقيقة الواقعة ويحكم اصدق كون الترافع عند المجتهد والحاصل انه لا فرق في عدم جواز قضاء غير المجتهدين ان يكون من اهل العلم ولم يكن بالتقليد من مجتهد او يكون بفتوى مقلده وبين ان ينصبه المجتهد للقضاء ولا وبين ان يكون المترافعان رفعا

امرهما الی المجتهد فی خصوص واقعة وارجعهما الی مقلده العادل العالم بفتاواه وغیره واما المتجزی بناءً علی امکانه فالاحوط عدم نفوذ قضائه خصوصاً مع وجود غیره وان کان لایبعد جوازه اذا کان مجتهداً فی احکام القضاء لخبر ابی خدیجة وقد یذکر شروط اخر کالضبط وعدم کونه کثیر الاشتباه او النسیان والکتابة والنطق والبصر والسمع ولادلیل علی اعتبارها بالخصوص الادعوی انصراف ادلة الاذن کما لایبعد فی الضبط ونحوه او الشك فی الشمول حیث ان الاصل عدم الاذن ویستحب کونه متصفا بالکمالات النفسانیة من الورع والتقوی والزهد والعفة والحلم ونحو ذلك

(مسئلة ۱) اذا کان فی البلد اومایقرب منه ممالایتعسر ارجاع الترافع الیه مجتهدان متساویان فلا اشکال فی تخییر المترافعین فی الرجوع الی ایهما شاءا مع تراضیهما ومع اختیار کل منهما واحداً یأتی حکمه وان کان احدهما اعلم من الاخر ففی تعیین الرجوع الیه وعدمه ولان فمن جماعة التخییر ایضاً للاصل واطلاقات اخبار النصب والسیرة المستمرة فی زمان النبی ص والائمة ع فی الرجوع والارجاع الی احاد الصحابة من غیر ملاحظة الاعلمیة مع اختلافهم فی الفضیلة وعدم الانکار علیهم وعن اخری بل وهو الاشهر کما فی المسالك تقدیم الاعلم والظاهر ان مرادهم الاعلم فی البلد اومایقرب منه لاالاعلم مطلقا ولایبعد قوة هذا القول لکون الاطلاقات مقیدة بالاخبار الدالة علی الرجوع الی المرجحات عند اختلاف الحاکمین من الافقهیة والاصدقیة والاعدلیة مع امکان دعوی عدم کونها الافی مقام بیان عدم جواز الرجوع الی قضاة الجور فلا اطلاق فیها وایضاً الظن الحاصل من قول الاعلم اقوی نوعا فبالاتباع احری فان اقوال المجتهدین کالادلة للمقلدین وایضاً مقتضی مذهبنا ومنا قبح ترجیح المفضول علی الافضل والسیرة المذکورة غیر معلومة الحال اذ لعل کل واحد بالنسبة الی مکان مخصوص لایکون اعلم منه فی ذلك المکان مع ان باب العلم کان مفتوحا لهم وکان الحکم معلوما عندهم بخلاف زماننا واما التمسك بالاصل فلا وجه له اذ مقتضاه عدم النفوذ ودعوی ان مورد اخبار المرجحات التی هی العمدة فی المقام منه صورة اختیار کل من المترافعین حاکماً اوصورة رضاهما بحکمین فاختلفا فلادلالة فیها علی وجوب الرجوع الی الاعلم مطلقا مدفوعة بان الظاهر منها ان المدار علی الارجح عند التعارض

مطلقاً كما هو الحال فى الخبرين المتعارضين بل فى صورة عدم العلم بالاختلاف ايضاً لوجوب الفحص عن المعارض لكن هذا اذا كان مدرك الحكم هو الفتوى وكان الاختلاف فيها بان كانا مختلفين فى الحكم من جهة اختلاف الفتوى واما اذا كان اصل الحكم معلوما وكان المرجع اثبات الحق بالبينة واليمين والجرح والتعديل ونحو ذلك فلا دلالة فى الاخبار على تعين الاعلم (مسئلة ٢) لا يجوز الترافع الى قضاة الجور اختياراً ولا يحل ما اخذه بحكمهم اذا لم يعلم بكونه محقاً الا من طرف حكمهم واما اذا علم بكونه محقاً واقعاً فيحتمل حليته ويحتمل الفرق بين العين والدين حيث ان الدين كلى فى الذمة ويحتاج فى صيرورة المأخوذ ملكاً له الى تشخيص المديون بخلاف العين وظاهر المقبولة حرمته مطلقاً عيناً كان ام ديناً لقوله ع فانما يأخذه سحت وان كان حقه ثابتاً لكنه مشكل خصوصاً فى العين وربما يحمل الخبر على ما اذا كان حقه ثابتاً بمقتضى حكمهم لا فى الواقع وهو بعيد لان ظاهره الثبوت واقعاً نعم يمكن حمله على انه بمنزلة السحت فى العقاب لا انه يحرم التصرف فيه او ان التصرف فيه محرم بالنهى السابق نظير حرمة الخروج عن الدار المغصوبة حيث ان التحقيق انه محرم بالنهى السابق على الدخول واما احتمال خروج العين عن ملكه وعدم دخول الدين فى ملكه فبعيد جداً خصوصاً الاول الا ان يقال باق على ملكه لكن يحرم التصرف فيه الا باذن الحاكم الشرعى هذا بالنسبة الى ما اخذ بالترافع الى قضاة الجور واما المأخوذ بالترافع الى غيرهم ممن ليس من اهل الحكم او بالاستعانة من ظالم فى استنقاذ حقه مع عدم توقفه على ذلك وامكان الاخذ بالحكم الشرعى فانه وان فعل حراماً الا ان حرمة ما يأخذه من حقه عيناً او ديناً غير معلومة فيعاقب على فعله لا على التصرف فى المأخوذ والخبر مختص بقضاة الجور بل بالمنصوبين منهم للقضاة وشموله لغيرهم غير معلوم (مسئلة ٣) اذا توقف استنقاذ حقه المعلوم واقعاً على الترافع الى غير الاهل من قضاة الجور او غيرهم اما لعدم رضى الطرف المقابل الا بالترافع اليهم او لعدم وجود الحاكم الشرعى او لعدم امكان اثبات الحق عنده او نحو ذلك فالظاهر جوازه وحلية ما يأخذه لان الاخبار المانعة منصرفة عن هذه الصورة بل ظاهرها صورة امكان الرجوع الى الاهل ودعوى انه اعانة على الاثم كما عن الكفاية مدفوعة بمنع صدق الاعانة وعلى فرضه يمكن منع حرمتها فى الصورة

المفروضة مع انها معارضة بقاعدة الضرر بل هي حاكمة على قاعدة حرمة الاهانة ويؤيدها الاخبار الدالة على جواز الحلف كاذباً لحفظ مال نفسه اوغيره كخبر زرارة قال الباقر ع انا نمر بالمال على العشارين فيطلبون منا ان نحلف لهم ويخلون سبيلنا ولا يرضون منا الا بذلك فقال ع احلف لهم فهو احلى من التمر والزبد وعن الصادق ع انه قال في رجل حلف تقية ان خشيت على دمك اومالك فاحلف ترده عنك بيمينك وفي خبر محمد بن ابي الصباح انه سئل اباالحسن ع ان امه تصدقت عليه بنصيب لها في داره فكتبه شراء فاراد بعض الورثة ان يحلفه على انه نقدها الثمن ولم ينقدها شيئاً فقال ع احلف له وبالجملة فلا ينبغي الاشكال في الجواز وحلية مايؤخذ خصوصاً اذا كان الخصم منهم وفي الجواهر ولعله المراد من خبر علي بن محمد قال سئلته هل نأخذ في احكام المخالفين ما يأخذون منا في احكامهم فكتب يجوز ذلك انشاالله اذا كان مذهبكم فيه التقية والمداراة لهم بناء على مافي الوافي من ان المراد هل يجوز لنا ان نأخذ حقوقنا منهم بحكم قضاتهم يعني اذا اضطروا اليه كما اذا قدمه الخصم اليهم لكن الظاهر ان المراد المعاملة معهم كمعاملتهم معنا في مثل مسئلة الشفعة بالجوار وتوريث العصبة ونحو ذلك فلا دخل له بما نحن فيه هذا اذا كان الحق معلوماً واقعاً ومثلهما اذا كان معلوما في ظاهر الشرع كما اذا شهدت البينة بان اباه كان له على فلان كذا اوكان مقتضى فتوى مقلده كونه ذا حق واما مع عدم العلم واقعاً ولا ظاهراً فلا يجوز الترافع اليهم وعلى فرضه وحكمهم فلا يجوز اخذه (مسئلة ٤) اذا توقف استنقاذ حقه المعلوم على الحلف كاذباً جاز لما مر من الاخبار وهل يجوز اقامة الشاهد الجعلي بدفع الرشوة مثلاً مع ثبوت حقه واقعاً فيه اشكال من كونه اعانة على الاثم ببعث الشاهدين على الشهادة مع عدم العلم لهما بالحق ومن ان المفروض ثبوت الحق وعدم كون الشهادة على خلاف الواقع غايتها كونها تجريا والاحوط الترك لان بعث الغير على التجري ايضاً مشكل مع ان الظاهر ان الشهادة من غير علم اومع اعتقاد كونها كذباً حرام واقعاً لاان يكون على فرض المطابقة للواقع تجرياً لانه يشترط جوازها كون المطلب معلوماً عنده (نعم) لو شبه الامر على الشهود على وجه صاروا معذورين فالظاهر انه لا بأس به (مسئلة ٥) يجوز للمجتهد ان يستنيب في بعض مقدمات واجزاء القضاء مما لا يتوقف على الاجتهاد

سواء كان النائب مجتهداً او عامياً مثل سماع البينة ونقلها اليه فيما اذا علم مثلاً بعدالة زيد وعمرو وانهما يشهدان انه بكذا فوكل من يسمع شهادتهما وينقلها اليه واما توكيله فى اصل تعيين الشاهدين والجرح والتعديل من دون ان يعرفهما المجتهد ويعرف عدالتهما فلا يجوز وهذا نظير شاهد الفرع حيث ان فى سماعه يشترط ان يسمى الاصل ويعرف الحاكم عدالته ولا يكفى ان يقول شهد عدل بكذا ولا يخفى ان ما نحن فيه ليس من شاهد الفرع حتى يعتبر فيه ما يعتبر فيه اذ هو نايب عن الحاكم فى السماع وشاهد الفرع نايب عن الشاهد وكذا يجوز التوكيل فى التحليف عند اول الاحتماليه واما التوكيل فى الحكم فجوازه مشكل ففى المسالك لا يجوز وفى الجواهر لا مانع من اجراء الوكيل صيغة الحكم بان يوكله فى قوله حكمت بكذا ان لم يكن اجماع على عدم جوازه واما التوكيل فى اصل القضاء فيظهر من المسالك وغيره عدم جوازه لانه يشترط فى القاضى ان يكون مجتهداً ومعه لا فرق بين النايب والمستنيب فى ثبوت ولاية القضاء له فلا معنى لكون احدهما وكيلاً عن الاخر فهو نظير توكيل احد الوليين او الوكيلين او الوصيين للاخر الا اذا قلنا بعدم صحة قضاء المفضول مع وجود الافضل اذ حينئذ يمكن توكيل الافضل للمفضول لكنه ايضاً مشكل لانه اذا لم يصح حكمه فلا يصح كونه وكيلاً ايضاً لكن يمكن ان يقال قد يكون هناك ما يوجب الحاجة الى التوكيل كما اذا لم يرض المترافعان الا بالرجوع الى مجتهد وكان له عذر فى المباشرة فحينئذ يوكل مجتهداً آخر مع فرض عدم رضاهما بالارشاد الى ذلك الاخر وقالا انا نريد ان تكون انت الفاضل بيننا بالمباشرة او التسبيب وهل على النايب حينئذ ان يقضى فى المسائل الخلافية بمقتضى رأيه او برأى المستنيب يظهر من المسالك تعين الاول وانه لا يجوز ان يقضى الا برأيه والظاهر جواز الامرين وكونه تابعاً لكيفية التوكيل فان وكله فى اصل القضاء بان فوض اليه امر فصل الخصومة بين الشخصين على الوجه الشرعى فيعمل برأيه ويكون كما لو كانا ترافعا اليه بلا واسطة وان وكله فى القضاء بينهما بمقتضى رأيه جاز ايضاً ودعوى انه كيف يجوز للحاكم ان يحكم بمقتضى رأى غيره مع انه خلاف ما انزل الله بمعتقده مدفوعة بان رأى موكله ايضاً حكم الله لان دليل حجية ظن المجتهد متساوى النسبة الى جميع المجتهدين ومن هنا ينفتح باب وهو جواز ان يقولا للمجتهد الذى ترافعا اليه ان يحكم بينهما بمقتضى

رأی الاعلم من المجتهدین فی جمیع جزئیات مسائل القضاء وان کانت خلاف رأی نفسه
(مسئلة ٦) یجوز للمترافعین ان یختارا مجتهدین او أزید للمحاکمة بینهما علی وجه
الانضمام وحینئذ فلا ینفذ الحکم منهما الا مع اتفاقهما فیه ولو طلب احدهما ذلک فهل
یجب علی الاخر اجابته اولا الظاهر عدم وجوبها خصوصا اذا کان الجمع بینهما متعسراً
ومحتاجاً الی زیادة مؤنة ویحتمل وجوب الاجابة اذا کان الطالب المتعدد هو المدعی
(مسئلة ٧) لا بد من ثبوت اجتهاد القاضی عند کل من المترافعین فلا یکفی ثبوته
عند احدهما ویثبت ذلک بالعلم الحاصل من الاختبار لمن کان من اهل الخبرة او الحاصل
من القرائن او الحاصل بالشیاع والاستفاضة وبشهادة العدلین من اهل الخبرة من
المجتهدین او القریبین من الاجتهاد وان کان فی الغالب لا یعرف ذا الفضل من الناس
الا ذووه وهل یثبت بالشیاع الظنی الاقوی عدمه وان کان الظن الحاصل منه متاخماً للعلم
وفاقاً للاکثر وعن جماعة کفایته لو جهوره ضعیفه وقد یستدل بصحیحة حریز عن الصادق
ع فی قوله ع لابنه اسمعیل اذا شهد عندک المؤمنون فصدقهم ولا دلالة فیه کما یظهر
من ملاحظة مجموع الخبر ولذا لا یثبت بالاجازة من مجتهد واحد اذا لم یحصل منها العلم فضلاً
عن ادعاء نفسه وان کان عادلاً (مسئلة ٨) ما ذکرنا سابقاً من ان المدار علی اعلم بلد
المترافعین او ما یقرب منه بناءً علی وجوب الرجوع الی الاعلم انما هو علی القول بعدم جواز
قضاء الحاکم الا برای نفسه واما اذا قلنا بجواز القضاء بفتوی مجتهد اخر اذا اراد المترافعان
فیمکن ان یکون المدار علی الاعلم کما فی الفتوی اذ ح یمکن ان یقضی المجتهدون فی سایر
البلاد بمقتضی رای ذلک الاعلم کانه ینقلون فتاویه لمقلدیه فی سایر البلاد
(مسئلة ٩) اذا لم یکن فی البلد مجتهد یترافعوا الیه یجوز لمن لم یبلغ رتبة الاجتهاد من
اهل العلم الفصل بین المتنازعین من باب الامر بالمعروف اذا حصل له العلم القطعی بکون
الحق لاحدهما من القرائن او شهادة جماعة من غیر العدول یحصل من شهادتهم
العلم بل وکذا اذا شهد عنده عدلان بناء علی عموم حجیة البینة لکل احد ولکن لا یجوز
له تحلیف المنکر اذا لم یکن علم ولا بینة لانه من وظیفة المجتهد وح فله السعی فی ایقاع الصلح
بینهما ومع عدم رضی المدعی الا بحلف المنکر قد یتخیل جواز ایقاع الصلح بینهما بجعل
الحلف عوضاً عن حق المدعی بان یصالح عن حقه بحلف المنکر او بشیء جزئی ویشترط

عليه ان يحلف وحينئذ فيسقط دعويه بالمصالحة ولكنه مشكل لان العوض في الصلح او الشرط فيه لا بد ان يكون مما يمكن ان يملكه المصالح ويستحقه وباعتقاد المدعي المنكر كاذب وحلفه حرام فلا يصلح للعوضية ولا يمكن ان يملكه عليه من غير فرق بين ان يكون المنكر عالماً عامداً او كان معذوراً في حلفه لجهل او نسيان لانه يكفي في عدم استحقاق المدعي له كونه حراماً واقعاً وهذا بخلاف تحليف الحاكم للمنكر فانه ليس عالماً بكذبه مع انه لا يلزمه بالحلف اذ هو مخير بين ان يحلف او يقر او ينكل او يرد على المدعي مع انه ورد التعبد به نعم لو صالحه على وجه لم يكن عوضاً ولا شرطاً بحيث يكون ملزماً به لا مانع منه كما اذا قال صالحتك عن حقي بورقتين مثلاً بشرط ان يكون لي الفسخ ان لم تحلف ببراءتك اذ حينئذ لا يكون ملزماً بالحلف اذ له ان يتفصى عنه بالاقرار او النكول وعليه فاذا حلف لزمت المصالحة وسقط حق المدعي بل لو انكشف بعد ذلك كذبه وكون الحق مع المدعي لم يكن له المطالبة الا ان يكون قد اشترط عليه في الصلح ان يكون له الفسخ على تقدير كشف الحال بان يقول صالحتك عن حقي بكذا بشرط ان يكون لي الفسخ ان لم تحلف او انكشف كونك كاذباً هذا اذا كانت الدعوى على وجه الجزم بان يكون المدعي جازماً بالحق وان المنكر كاذب واما اذا كانت ظنية ومن باب التهمة بناءً على سماعها فلا مانع من جعل الحلف عوضاً في الصلح او شرطاً فيه لعدم علمه حينئذ بكون المنكر كاذباً وكون حلفه حراماً فيصح الزامه به بعد ادعائه صدقه فيه ويمكن استحقاقه عليه نعم اذا انكشف بعد ذلك كذبه انكشف بطلانه اذا جعل عوضاً لتبين كونه غير صالح للعوضية لحرمته ويثبت له الخيار في الفسخ اذا كان العوض غيره وجعل شرطاً لتبين كونه حراماً ويمكن الفصل بالحلف بغير المصالحة ايضاً بان يقول المدعي ان حلفت فانت بريء بناء على صحة الابراء المعلق وعدم كون التعليق مضراً فيه هذا كله اذا اريد سقوط الدعوى بحيث لم يبق للمدعي حق شرعاً بعد الحلف واما اذا كان بناء المدعي على رفع اليد عن حقه اذا حلف المنكر وان لا يدعي عليه وان كان له ذلك شرعاً فلا حاجة الى الصلح ونحوه فيقول له ان حلفت لا اطالبك بعده فلا مانع منه اذا لم يقصد به الحلف القاطع للخصومة الذي هو وظيفة المجتهد

﴿ مسئلة ١٠ ﴾ ذكروا انه لو تعدد الحاكم واختار كل من المتنازعين واحداً يقدم مختار المدعي وفي المستند دعوى الاجماع عليه واستدل عليه مضافاً اليه بانه المطالب بالحق ولا حق

لغيره ولا في طلب منه المدعي استنقاذ حقه يجب عليه الفحص فيجب اتباعه ولا وجوب لغيره وفيه ان كون الحق له غير معلوم وان اريد ان حق الدعوى له حيث ان له ان يدعي وله ان يترك ففيه ان مجرد هذا لا يوجب تقدم مختاره اذ بعد الدعوى يكون للاخر ايضا حق الجواب مع انه يمكن ان يسبق المدعى عليه بعد الدعوى الى حاكم ويطلب منه تخليصه من دعوى المدعي فمقتضى القاعدة مع عدم اعلمية احد الحاكمين هو القرعة الا اذا ثبت الاجماع على تقديم مختار المدعي هذا اذا كان احدهما مدعيا والاخر منكرا واما مع تداعيهما بان يكون كل منهما مدعيا من وجه واختار كل منهما غير ما اختاره الاخر مع فرض تساويهما فلا ينبغي الاشكال في القرعة كما اذا زوجت الباكرة الرشيدة نفسها من رجل وزوجها ابوها من اخر فتنازع الرجلان في زوجيتها او تنازع الولد الاكبر مع سائر الورثة في كون الحبوة مجانية او بعوض الارث او تنازعا اثنان فيما في يد ثالث او فيما لا يد لاحد عليه فمع اختيار كل من المتنازعين حاكما للترافع اليه واصرارهما على ذلك يكون المرجع هو القرعة (لكن) ذكر في المستند ما محصله انه لو سبق احدهما الى مجتهد فحكم له بناء على جواز الحكم على الغائب يقدم لانه حاكم حكم لذي حق مطالب فيجب اتباعه ويحرم الرد عليه ولو استبق كل منهما الى حاكم فحكم له يقدم من حكمه اسبق وان تقارنا لم ينفذ شيء منهما وان اشتبه السابق كان المرجع القرعة وكذا ان لم يحكم واحد منهما لعدم جواز الحكم على الغائب عنده وفيه ان المفروض ان بناء المتنازعين على الترافع وان اختلافهما انما هو في تعيين من يرجعان اليه فاذا سبق احدهما الى حاكم من دون رضى الاخر ليس له الحكم له من غير حضور خصمه من باب الحكم على الغائب فان المفروض حضوره في البلد وللترافع وان كان المراد انه يامر باحضاره وان امتنع يحكم عليه لسقوط حق حضوره ففيه ان اللازم حضوره للمرافعة وهو حاضر لها واما وجوب حضوره عند هذا الحاكم الذي اختاره خصمه فلا دليل عليه ولا يوجب امتناعه سقوط حقه فلا يتصور السابق واللاحق حتى يقدم الاول نعم انما يتصور ذلك فيما اذا كان كل من المتداعيين في بلد ورجع الى حاكم ذلك البلد فحكم له من باب الحكم على الغايب ففي هذه الصورة يمكن ان يقال بتقدم اسبق الحكمين ومع الشك في السابق بالقرعة ومع التقارن بعدم نفوذ واحد منهما مع ان سقوطهما مع التقارن ايضا يمكن منعه فان الحكمين نظير الخبرين المتعارضين لا السببين المتنافيين كعقد

الاب لو احد وا الجد لاخر فى ان واحداً الا ان يقال حيث لا يمكن التخيير يحكم بسقوطهما
او ان الادلة منصرفة عن صورة تعارضهما مع انه يمكن ان يقال للحاكم الثالث ان يختار
واحداً منهما ثم انه قدس سره قيد المثال الاول بما اذ لم تكن عين الحبوة فى يد احدهما والثانى
بان لا تكون الزوجة تحت احدهما قال والا كان من باب المدعى والمنكر وفيه ان المفروض
العلم بكون المال من الحبوة فلا فرق بين كونه فى يد الاكبر او فى يد ساير الورثة وكذا
المفروض كون المرأة من وجة من شخصين فلا فرق بين كونها تحت هذا الزوج او ذاك
فلا وجه للتقييد المذكور (مسئلة ١١) اذا تراضيا بالترافع الى حاكم ثم ارادا العدول
عنه قبل تمامه جاز لهما ذلك بل يجوز ما لم يحكم بينهما وهل يجوز لاحدهما ذلك مع عدم
رضى الاخر ام لا الظاهر عدمه (مسئلة ١٢) اذا اختار المدعى حاكما بناء على تقديم
مختاره فادعى المنكر عدم كونه اهلا للمرافعة لم يجز له اجباره الا بعد اثبات كونه اهلا
(مسئلة ١٣) اذا كان للحاكم منازعة مع غيره لا ينفذ حكمه لنفسه على ذلك الغير
ولو بان يوكل غيره فى المرافعة معه فترافعا اليه بل يلزم الرجوع الى حاكم اخر بالاجماع
واخبار رجوع المتنازعين الى من عرف احكامهم ونظر فى حلالهم وحرامهم فاللازم ان
يكون الحاكم غيرهما نعم له ان ينقل حقه الى غيره ثم يرجع ذلك الغير مع الخصم اليه فانه
حينئذ ينفذ حكمه لذلك الغير وان انتقل اليه بعد ذلك باقالة ونحوها بل الظاهر جواز
ذلك وان كان النقل الى الغير بشرط الخيار لنفسه فى الفسخ وكذا لا ينفذ حكمه لمن له
عليه ولاية خاصة كالابوة والوصاية لانه هو المنازع فى الحقيقة وان وكل غيره فى المرافعة
فترافعا اليه (نعم) لو كان المنازع شريك المولى عليه لجهة مشتركة بينهما كالارث فحكم
للشريك وانه انتقل اليه من مورثه فالظاهر نفوذه للمولى عليه ايضاً وان كان يرجع امره
اليه بالولاية بل يثبت لساير الورثة من الكبار ايضاً الا اذا كان ثبوت حق الشريك عنده
بشاهد ويمين فانه لا يثبت الحق لغيره الحالف صغيرا كان او كبيراً واما المولى عليه بالولاية
العامة كساير الايتام والمجانين والغيب والفقراء بالنسبة الى الخمس والزكوة والوقف اذا
كان النزاع فى ثبوتها وعدمه ففى نفوذ حكمه لهم وعدمه قولان فيظهر من المحكى عن ير
نفوذه حيث قال ولو تولى وصى اليتيم القضاء فهل يقضى له فيه نظر ينشاء من كونه خصما فى
حقه كما فى حق نفسه ومن ان كل قاض ولى الايتام فان ظ قوله كل قاض ولى الايتام

كونه قضاؤه نافذاً عليهم وان كان هو المولى عليهم واختاره صاحب الجواهر ايضاً قال انه لا يمنع من قبول حكمه وظاهره انه لو كان هو او وكيله طرف المنازعة وفصل صاحب المستند بين ما اذا كان هو المنازع فلا ينفذ او كان المنازع غيره من قيم من حاكم غيره بل او قيم نصبه هو فان القيم غير الوكيل وما ذكره هو الاحوط لكن الاقوى الاول من نفوذ حكمه وان كان هو المنازع او وكيله خصوصاً اذا وكله قبل حصول المنازعة في جميع اموره فاتفق بعد ذلك وقوع المنازعة فترافعا اليه بل في المولى عليه بالولاية الخاصة كالابوة والوصاية ايضاً يمكن ان يقال بنفوذ حكمه اذا كان المنازع وكيله الكذائي اي الذي وكله قبل حصول المنازعة في تصدي جميع امور المولى عليه فاتفق حصول المنازعة لكن الاحوط ارجاع الامر الى حاكم آخر او نقل حق المولى عليه الى غيره مع خيار الفسخ الى مدة معلومة ثم الفسخ بعد الحكم (مسئلة ١٤) اذا كان للحاكم شركة مع غيره في مال ووقع النزاع فيه بينهما وبين غيرهما نفذ حكمه في حصة شريكه لا في حصة نفسه مثلاً اذا تنازع اخوه مع غيره في مال مشترك بينه وبين اخيه من طرف الارث وترافعا اليه فحكم لاخيه نفذ في حصة اخيه ولا ينفذ في حصة نفسه ولا يشترك مع اخيه في تلك الحصة التي ثبتت لاخيه الا اذا كانت الدعوى في عين وقد قسمها اخوه مع ذلك الغير وافرز حصته اذ حينئذ يشترك معه في تلك الحصة لاقراره بالشركة واما قبل القسمة فلا يشترك معه فلاخيه ان ينقلها الى غيره على اشاعتها واما اذا كانت الدعوى ديناً فلا يشاركه مطلقاً ولو بعد القبض على الاقوى والمسئلة نظير ما اذا تنازع جماعة مشتركون في عين او دين مع غيرهم فاقاموا شاهداً واحداً وحلف بعضهم دون بعض فانه يثبت حصة الحالف دون غيره ولا يشاركه من لم يحلف في حصته الا اذا كانت الدعوى في عين وقد قبضها من الخصم كما سيأتي تفصيله وبيان الخلاف فيه (مسئلة ١٥) لو اجرى الحاكم عقداً من نكاح او بيع بوكالة غيره ثم حصل النزاع فيه بين الطرفين نفذ حكمه ذلك الحاكم للموكل ولا يضر كونه وكيلاً سابقاً لانه حين النزاع وحين الحكم ليس بوكيل وكذا اذا تصرف بعنوان الولاية فيما هو محل الخلاف في ان الامر فيه راجع الى الحاكم او لا كما اذا باع مال مجنون كان جنونه بعد بلوغه ورشده من شخص وباع ابوه من شخص آخر حيث انه محل الخلاف في ان ولايته للحاكم او للاب والجد فاذا تنازع المشتريان وترافعا اليه نفذ حكمه لمن اشترى منه

لانه حينئذ ليس طرفاً للمنازعة (مسئلة ١٦) ذكر جماعة انه لا ينفذ حكم الحاكم على من لا تقبل شهادته عليه كحكم الولد على والده او العبد على مولاه او حكمه على خصمه وكذا لا ينفذ حكمه لمن لا يقبل شهادته له كحكمه لمن يجر بحكمه له نفعاً ولا دليل لهم على ذلك الادعوى ان الحكم شهادة وزيادة وهو كما ترى فالاقوى عدم المانع لشمول الاطلاقات الا ان يكون اجماع وهو غير معلوم والقياس على الشهادة لا وجه له ثم ان جميع ما ذكرنا في هذه المسائل انما هو بناء على اطلاق الاجماع المدعى على عدم نفوذ حكم الحاكم في حق نفسه او تمامية انصراف اخبار نفوذ حكم الحاكم الى غير صورة رجوع الحكم الى نفسه لكن القدر المتيقن من الاجماع والانصراف ما اذا كان هو الطرف للمنازعة او كان الطرف وكيله مع كون النزاع في ان الشيء الفلاني له اولا واما اذا كان النزاع في مال غيره ولو كان هو الولي له بالولاية الخاصة او كان الطرف شريكه او كان النزاع مع غيره وان كان الحق راجعاً اليه فمقتضى عموم نفوذ حكم الحاكم وعدم جواز الرد عليه نفوذه ففي صورة النزاع في مال المولى عليه يمكن ان يقال بنفوذ حكمه اذا وكل وكيلاً وكذا اذا كان النزاع مع شريكه او شريك المولى عليه او اذا كان الطرف غيره بحسب عنوان المنازعة وان كان المال راجعاً اليه كما اذا نذر شخص داره او اوصى بها له وحصل منازع مع ذلك الشخص فترافعا اليه في تلك الدار فانه لا مانع من نفوذ حكمه له خصوصاً اذا لم يكن حال الحكم عالماً بان تلك الدار له من طرف النذر او الوصية (والحاصل) ان الدليل اذا كان منحصراً في الاجماع والانصراف فمقتضاهما ليس ازيد مما ذكرناه (مسئلة ١٧) اختلفوا في جواز اخذ الاجرة على القضاء من المتخاصمين او احدهما او غيرهما مطلقاً او مع الضرورة او مع عدم التعين عليه او مع الامرين وعدم جوازه مطلقاً على اقوال فمن جماعة الجواز مطلقاً كما حكى عن القواعد والنهاية والقاضي وعن المفاتيح نقله عن بعضهم وعن شرحه اسناد جواز الاخذ الى المشهور وظاهره اطلاق الجواز وعن جماعة المنع مطلقاً بل عن المبسوط انه قال عندنا لا يجوز بحال وظاهره الاجماع عليه وعن المعتمد الاجماع عليه مع عدم الحاجة وعن الكفاية في الخلاف فيه مع وجود الكفاية من بيت المال قال ومع عدمهما ووجود الحاجة قولان اشهرهما المنع وكذا عن المسالك وعن بعضهم الجواز مع عدم التعين

والضرورة ومع التعين والكفاية لا يجوز قولاً واحداً وفي المستند دعوى ظهور الاجماع على عدم الجواز مع الكفاية والاقوى هو الجواز مطلقاً للاصل والاطلاقات وعدم الدليل على المنع سوى دعوى الاجماع والشهرة او عدم الخلاف ولا حجية في شئ منها سيما مع ماعرفت من وجود الخلاف بل دعوى الشهرة على الجواز وسوى ماهو المشهور المدعى عليه الاجماع من المحقق الثاني من عدم جواز اخذ الاجرة على الواجبات وقد بين في محله عدم الدليل عليه لمنع الاجماع مع ان القدر المتيقن منه على فرضه الواجب العيني التعييني التعبدي واضعف ساير مااستدلوا به عليه اذ منها انه مناف لقصد القربة وفيه المنع اولا كما بين في محله واختصاصه على فرض تماميته بما يعتبر فيه القربة فلا يشمل المقام مع ان لازمه عدم جواز الاخذ على المستحب التعبدي ايضاً (ومنها) ان التنافي بين صفة الوجوب والتملك ذاتي لان المملوك المستحق لا يملك ولا يستحق ثانياً فاذا كان العمل واجباً لله ولم يجز تركه يصير نظير العمل المملوك للغير فيكون كما لو آجر نفسه لشخص لعمل ثم آجر نفسه ثانيا من شخص اخر لذلك العمل ومن المعلوم عدم صحته وفيه ايضا اولا انه مختص بالواجب العيني وثانيا منع كون الوجوب من الله تعالى موجباً للملكية نظير الملكية للناس وثالثاً الامانع من اجتماع المالكين اذا كان احدى الملكيتين في طول الاخرى فان الله تعالى مالك لذلك الفعل والمستأجر ايضا مالك له لكن لا لنفسه بل لله تعالى (ومنها) ان اخذ الاجرة على مايكون الشخص مقهورا في اتيانه اكل للمال بالباطل وفيه مع اختصاصه ايضاً بالواجب العيني التعييني امكان ان يكون للمستأجر غرض عقلائي في ذلك لااقل من حب كون معبوده مطاعاً وبالجملة فلا دليل على عدم جواز اخذ الاجرة على الواجبات خصوصاً الكفائي منها وسيما اذا لم يكن مشروطا بالقربة ومنها عدم جواز توقيف الواجب على شرط كما تمسك به المحقق القمي قدس سره في الغنائم في هذه المسئلة قال لا يجوز اخذ الاجرة والجعالة من الخصوم وغيرهم على القضاء لانه واجب ولا يجوز توقيف الواجب على شرط عينيا كان او كفائياً وتمسك به النراقيان في المعتمد والمستند لكن في خصوص صورة التعيين وفيه ان اخذ الاجرة لا يلزم ان يكون بالاجارة بل يمكن ان يكون بالجعالة ولا شرط فيها بل بالاجارة ايضاً يمكن ان يكون من غير شرط بان يكون بانياً على العمل مطلقا (ومع) ذلك استأجره شخص عليه ولا يلزم في الاجارة ان لا

يكون الشخص بانياً على العمل فيمكن ان يستأجره على عمل لو لم يستأجره ايضاً كان يأتي به لغيره بما يستدل على عدم الجواز في المقام بالصحيح عن قاض بين فريقين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق فقال ذلك السحت وفيه ان ظاهره خلاف الاجماع فانه لا مانع من ارتزاقه من بيت المال ودعوى ان الظاهر من قوله على القضاء كونه عوضاً عنه لا ارتزاقاً كما ترى فهو اما محمول على الكراهة وان كان بعيداً او على كونه من قضاة الجور وكون حرمة ارتزاقه من جهة عدم اهليته للقضاء وعليه يحمل ايضاً الخبر المروي في الخصال السحت انواع كثيرة ومنها اجور القضاة هذا مع ان عدم جواز الاخذ في صورة الضرورة والحاجة مستلزم للضرر من حيث تعطيله عن تحصيل معاشه مع فرض عدم الكفاية من بيت المال ايضاً فيحصل التعارض بين دليل الحرمة وقاعدة الضرر وهي حاكمة على ذلك الدليل على فرض وجوده الا ان يقال بسقوط وجوبه حينئذ لا جواز الاخذ فلا مانع من عموم عدم الجواز وان كانت نتيجته سقوط الوجوب لكن فيه انه على هذا يلزم من حرمة الاخذ عدم حرمته فانه اذا خرج القضاء عن الوجوب لا مانع من اخذ الاجرة عليه بناء على كون الحرمة من جهة حرمة اخذ الاجرة على الواجبات هذا ومع ذلك كله فالاحوط عدم الاخذ مع وجود الكفاية ولو من بيت المال لاحتمال استفادة المجانية من ادلة وجوب القضاء

(مسئلة ١٨) يجوز ارتزاق القاضي من بيت المال مع حاجته بالاجماع لانه معد لمصالح المسلمين وهذا منها لتوقف انتظام امور المسلمين عليه بل الاقوى جوازه مع عدم حاجته ايضاً كما هو المسند الى المشهور حيث قالوا بكراهته مع عدم الحاجة وان الاولى تركه توفيراً على سائر المصالح ويدل عليه اطلاق مرسلة حماد الطويلة "وفيها ويأخذ الباقي فيكون ذلك ارزاقاً عوانه على دين الله وفي مصلحة ماينوبه من تقوية الاسلام وتقوية الدين في وجوه الجهاد وغير ذلك مما فيه مصلحة العامة" واطلاق خبر الدعائم عن علي ع انه قال لابد من امارة ورزق للامير ولابد من عريف ورزق للعريف ولابد من حاسب ورزق للحاسب ولابد من قاض ورزق للقاضي وكره ان يكون رزق القاضي على الناس الذين يقضي لهم ولكن من بيت المال فما عن بعضهم من عدم جواز الاخذ مع عدم الحاجة بل في المسالك انه الاشهر لوجوب القضاء عليه فلا يجوز له اخذ العوض كما في ساير الواجبات لاوجه له لان الارتزاق غير الاجرة فانها عوض العمل

بخلافه فانه بسبب كون الشخص قاضياً مثلاً او مؤذناً او نحو ذلك هذا ودعوى ان المسلم جواز الارتزاق مع الحاجة ولو بسبب القيام بالمصالح المانع له من التكسب محل منع كدعوى ان بيت المال معد للمحاويج فانه ايضاً محل منع مع ان الخبرين مطلقان نعم ربما يختص جواز الارتزاق ببيت المال واما ساير الوجوه التى مصرفها الخير او سبيل الله فيشكل جواز ارتزاقه منها بدون الحاجة والضرورة (مسئلة ١٩) تحرم الرشوة وهى ما يبذله للقاضى ليحكم له بالباطل او ليحكم له حقاً كان او باطلاً او ليعلمه طريق المخاصمة حتى يغلب على خصمه ولا فرق فى الحرمة بين ان يكون ذلك لخصومة حاضرة او متوقعة ويدل على حرمتها اجماع المسلمين بل هى من ضروريات الدين ويدل على حرمتها الكتاب المبين قال تعالى لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقاً من اموال الناس بالباطل بل فى جملة من الاخبار ان الرشاء فى الحكم كفر بالله وفى بعضها انه شرك ففى خبر عمار بن مروان واما الرشا فى الاحكام يا عمار فهو الكفر بالله العظيم وفى موثقة سماعه ان الرشا فى الحكم هو الكفر بالله وفى مضمرته واما الرشا فى الحكم فهو الكفر بالله العظيم وفى خبر الاصبغ بن نباته عن امير المؤمنين عليه السلام انه قال ايما وال احتجب عن حوائج الناس احتجب الله عنه يوم القيامة عن حوائجه وان اخذ هدية كان غلولا وان اخذ رشوة فهو شرك وفى رواية يوسف بن جابر لعن رسول الله ص من نظر الى فرج امرئة لا تحل له ورجلا خان اخاه فى امرأته ورجلا احتاج الناس اليه لفقهه فسئلهم الرشوة ولا فرق ان يكون ذلك بالمشارطة منهما صريحاً او كان من قصدهما ضمنا او كان من قصد الباذل اذا اثر ذلك فى القاضى بل وان لم يؤثر بان يكون قصده الحكم له وان لم يعطه الرشوة او كان قصده الحكم بالحق لمكل من كان فما قيل من عدم البأس بالاخذ اذا لم يكن مؤثراً فيه لا وجه له لصدق الرشوة بقصد الباذل فيشمله الاخبار (مسئلة ٢٠) كما يحرم الاخذ على الاخذ كذا يحرم البذل على الباذل لقوله ع لعن الله الراشى والمرتشى ولكونه اعانة على الاثم نعم لو كان مكرها فى الدفع لا حرمة عليه وكذا لو توقف استنقاذ حقه على ذلك وان كان محرما على الاخذ وكذا يحرم التوسط فى الايصال كما انه يحرم التوسط فى الاستزادة والاستنقاص ويسمى المتوسط لذلك بالرائش (مسئلة ٢١) الرشوة قد تكون مالا من عين او منفعة وقد

تكون عملاً للقاضي كخياطة ثوبه او تعمير داره او نحوها وقد تكون قولاً كمدحه والثناء عليه لامالة قلبه الى نفسه ليحكم له وقد تكون فعلا من الافعال كالسعي في حوائجه واظهار تعظيمه وتجليه ونحو ذلك وكل ذلك محرم اما لصدق الرشوة عليها او للالحاق بها (مسئلة ٢٢) من الرشوة او يلحق بها الهبة او الهدية او المصالحة او البيع محاباة لغرض الحكم له بالباطل وفي صحة المذكورات وعدمها وجهان اختار في هر عدمها قال ثم ان المتجه بناء على ان من افرادها عقود المحاباة مثلاً بطلان العقد الذي وقع على جهة الرشوة لما عرفت من النصوص الدالة على بقاء المال على ملك الراشي باي طريق كان بعد فرض اندراجه في الرشوة وكذا المحقق الانصاري قال وفي فساد المعاملة المحابي فيها وجه قوي مع انه اختار في مسئلة الاعانة على الاثم عدم فساد البيع بقصد توصل الغير الى المحرم مثل بيع العنب ليعمل خمراً قال لتعلق النهي بما هو خارج عن المعاملة وهو الاعانة ويحتمل الفساد لاشعار قوله ع في رواية تحف العقول بعد قوله وكل بيع ملهو به وكل منهي عنه مما يتقرب به لغير الله او يقوى به الكفر والشرك في جميع وجوه المعاصي او باب يوهن به الحق فهو حرام محرم بيعه وشراؤه وامساكه بناء على ان التحريم مسوق لبيان الفساد في تلك الرواية كما لا يخفى لكن في الدلالة تامل ولو تمت لثبت الفساد مع قصد المشتري خاصة للحرام لان الفساد لا يتبعض انتهى والاوجه عدم الفساد لما ذكر من تعلق النهي بامر خارج عن المعاملة ولا فرق بين المقام وبين مسئلة الاعانة ولا نسلم ما ذكره صاحب الجواهر من بقاء المال على ملك الراشي باي طريق كان وانما هو مسلم في صورة البذل من غير ان يكون بعقد من العقود نعم لو لم يقصد من المعاملة الا المحاباة التي في ضمنها او قصد المعاملة ولكن قصد الرشوة بالمحاباة فيها لا باصلها بطلت لعدم قصد المعاملة في الاول واستلزام بطلان مقدار المحاباة لبطلان اصل المعاملة في الثاني (نعم) يمكن ان يقال انه اذا قصد الرشوة بالمعاملة المحاباتية يصدق عرفا ان العين الموهوبة مثلاً رشوة فتكون حراما ولازمه بطلان المعاملة وهذا هو الفارق بين المقام وبين مسئلة الاعانة وعليه لا بد ان نفصل بين المذكورات وبين البيع بثمن المثل بقصد الرشوة فيما اذا كان للقاضي غرض في المبيع ولو بعوض مثله (مسئلة ٢٣) لا تختص الرشوة بما يبذل للقاضي ليحكم له بل تجري في غير الحكم ايضا كما اذا بذل شيئا للحاكم العرف او لظالم او رئيس ليعينه على ظلم او غيره من

المعاصي ونحو ذلك فتكون حراماً ولا تختص بالمحرم بل قد لا تكون حراماً كما اذا بذل
شيئاً ليتبينه على احقاق حق او دفع ظلم او امر مباح ففي الصحيح عن رجل يرشو الرجل
على ان يتحول من منزله فيسكنه قال لا بأس والظاهر ان المراد المنزل المشترك كالمدرسة
والمسجد والسوق ونحو ذلك (مسئلة ٢٤) لا يملك المرتشي الرشوة المحرمة التي
ليست بعنوان العقود المحاباتية فيجب عليه ردها مع بقائها واما مع تلفها في يده او اتلافه
اياها فهل يضمن اولا صرح جماعة بضمانه بل عن بعضهم نفي الخلاف فيه وعن ظ لك
اجماعنا عليه ولعله لان الراشي انما بذل في مقابلة الحكم فيكون اعطائه بعنوان المعارضة
ويدخل في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده لكن فيه اولاً انها اخص من المدعى
اذ قد يكون لا بعنوان المعاوضة بل انما يعطى مجاناً وغرضه جلب قلب القاضي فلا يكون في
مقابلة الحكم والغرض غير العوض وثانياً لا دليل على القاعدة المذكورة كما بين في محله
وثالثاً المفروض ان الراشي راض باتلاف المرتشي اياها فيكون هو الهاتك لحرمة ماله
حيث انه سلطه عليه مع علمه بعدم ملكيته وحرمته عليه فرضاه وان كان مقيداً بالعوض
الذي هو الحكم الا ان قيده حاصل بعد فرض الحكم له فحاله حال ساير المقبوضات بالعقود
الفاسدة وقد بينا فيها عدم الضمان مع التلف نعم لو كان رضاه مقيداً بالحكم له ولم يحكم له يمكن
ان يقال فيه بالضمان لان المفروض ان رضاه كان مقيداً والقيد لم يحصل واما لو كانت الرشوة
بعنوان العقود المحاباتية فان قلنا بصحتها فلا يجب ردها مع بقائها فضلاً عن عوضها مع
تلفها وان قلنا ببطلانها فمع البقاء يجب الرد ومع التلف لا يجب في مثل الهبة والهدية
والصلح حتى بناء على العمل بقاعدة ما يضمن لعدم الضمان في صحيحها فلا يضمن في فاسدها
وفي مثل البيع المحاباتي لا يضمن على المختار ويضمن بناء على تلك القاعدة (مسئلة ٢٥)
لا ينفذ حكم الحاكم الاخذ للرشوة وان كان على القاعدة وبالحق لصيرورته فاسقاً باخذها
نعم لو تاب بعد الاخذ ثم حكم بالحق بعد التوبة صح ونفذ (مسئلة ٢٦) لو دفع الى الحاكم
خمساً او زكوة بقصد الرشوة لم تبرء ذمته منهما لاعتبار القربة فيهما (مسئله ٢٧) اذا
اهدى اليه هدية وشك في انه قصد بها الرشوة اولا فالظاهر جواز اخذها حملاً لفعله على
الصحة الا اذا كانت هناك قرينة على ارادته منها الرشوة كما اذا لم يكن من عادته ذلك قبل
المرافعة والاولى عدم اخذها مطلقاً ويمكن ان يقال بحرمتها حال المرافعة لانه يصدق

عليها الرشوة عرفا بل يمكن ان يقال بحرمتها تعبدا لما في بعض الاخبار ان هدايا العمال
غلول او سحت (مسئلة ٢٨) اذا شك في كون شيء رشوة او لا من حيث الحكم بان كان
من الشبهة الحكمية لا الموضوعية كما اذا شك في ان البذل للحكم له بالحق رشوة محرمة او لا
او شك في ان الاخذ مع عدم التأثير رشوة او لا فالاصل البرائة من حرمته (مسئلة ٢٩)
الفرق بين الرشوة والهدية ان الغرض من الرشوة جلب قلبه ليحكم له ومن الهدية
الصحيحة القربة او ايراث المودة لا لداع او الداعي عليها حبه له لوجود صفة كمال فيه
من علم او ورع او نحوها (مسئلة ٣٠) اذا اختلف الدافع والقابض في ان المبذول
كان هبة صحيحة او بقصد الرشوة فادعى القابض الاول والدافع الثاني قدم قول القابض
للحمل على الصحة واصل البرائة من الضمان بناء على الضمان على فرض كونه رشوة واما
احتمال تقديم قول الدافع لانه اعرف بنيته او لان الاصل في اليد الضمان فلا وجه له لعدم
الدليل على الاول ومنع كون الاصل الضمان لعدم الدليل عليه الا عموم على اليد وهي مختصة
باليد العادية ومع الاغماض عنه الشبهة مصداقية وعلى فرض التمسك بالعموم فيهما الحمل
على الصحة مقدم عليه هذا اذا دار الامر بين الهبة الصحيحة والفاسدة واما لو اختلفا
في انه مبذول رشوة من غير عقد او انه هبة صحيحة فالاقوى انه كذلك وقد يحتمل عدمه لعدم
عقد مشترك حتى يحمل على الصحة فالدافع منكر لاصل العقد لا لصحته وفيه ان تمليكه
محمول على الصحة ولا يلزم في الحمل على الصحة ان يكون هناك عقد مشترك فاصالة عدم
الهبة معارضة باصالة عدم التملك رشوة (مسئلة ٣١) ليس للمحكوم عليه بعد تمام
المرافعة والحكم مطالبة تجديدها عند حاكم اخر او عند الاول وهل يجوز ذلك مع رضى
الطرفين او لا قولان اقويهما الاول كما اختاره في الجواهر اذ الظاهر عدم صدق رد الحكم
خصوصا اذا كان لاحتمال خطاء الحاكم سيما اذا كان الحاكم ايضا اراد تجديد النظر في مقدمات
الحكم وفي المستند اختار عدم الجواز هذا اذا لم يدع خطاء الحاكم الاول في حكمه او
عدم كونه اهلا او عدم اجتهاده او نحو ذلك (مسئلة ٣٢) اذا حكم حاكم بحكم في قضية
ثم ترافعا الى غيره لا يجب عليه البحث عن صحة حكمه وعدمها نعم يجوز له ذلك وحينئذ
فان تبين كونه صوابا او لم يتبين خطاؤه يجوز له امضائه مع كونه اهلا عنده بل قد يجب كما انه
يجوز له امضائه من غير فحص عن صحته وعدمها مع فرض كونه اهلا ولا يجوز له نقضه الا

اذا علم علماً قطعياً بمخالفته للواقع بان كان مخالفاً للاجماع المحقق او الخبر المتواتر او اذا تبين تقصيره في الاجتهاد ففي غير هاتين الصورتين لا يجوز له نقضه وان كان مخالفاً لرأيه بل وان كان مخالفاً للدليل قطعي الطريق كالاجماع استنباطي او خبر محفوف بقرائن او امارات قد توجب القطع مع احتمال عدم حصوله للحاكم الاول فان مقتضى اطلاق عدم جواز رد حكم الحاكم عدم جواز نقضه حينئذ ايضاً الا اذا حصل القطع بكونه خلاف الواقع فلا يكفي في جواز النقض كون الدليل علمياً لبعض دون بعض (مسئلة ۳۳) لا فرق في جواز امضاء حكم الحاكم بين ان يكون حياً او ميتاً باقياً على الاهلية او صار فاسقاً او مجنوناً او نحو ذلك (وربما) يقال بالفرق بين ما اذا مات او فسق فيجوز الامضاء في الاول دون الثاني ولا وجه له (مسئلة ۳٤) يشترط في جواز الامضاء على الحاكم الثاني بصدور الحكم من الحاكم الاول اما بكونه حاضراً في مجلس حكمه و اما بخبر متواتر او محفوف بقرائن توجب القطع والظاهر كفاية اقرار المدعى عليه بانه حكم عليه ولا يكفي الظن بصدور الحكم منه حتى لو كان برؤيته صورة حكمه بخطه بل ولو كتب اليه اني حكمت بكذا اذا لم يحصل منه العلم ويدل عليه مضافاً الى الاصل رواية طلحة والسكوني ان علياً عليه السلام كان لا يجيز كتاب قاض في حد ولا غيره حتى وليت بنو امية فاجازوا بالبينات بل الظاهر عدم كفاية قوله مشافهة اني حكمت بكذا اذا لم يحصل منه العلم لانه خبر واحد وهل يكفي قيام البينة على حكمه فيه اقوال ثالثها الفرق بين ما اذا شهدتا على حكمه وبين غيره فيكفي في الاول دون الثاني والمسئلة مبنية على ثبوت عموم حجية البينة كما لا يبعد (مسئلة ۳٥) كما لا يجوز نقض الحكم بالحكم كذلك لا يجوز نقضه بالفتوى الا في الصورتين المذكورتين واما الفتوى فيجوز نقضه بالفتوى وبالحكم اما الاول فكما اذا مات مجتهده او تغير رأيه فانه يجب عليه وعلى مقلديه العمل بالفتوى الثاني فيما يأتي دون ما مضى فانه صحيح فالاعمال السابقة محكومة بالصحة بل اذا كان ما مضى عقداً او ايقاعاً او نحوهما مما من شأنه الدوام والاستمرار يبقى على صحته فيما يأتي ايضاً بالنسبة الى تلك الواقعة الخاصة فاذا تزوج بكراً باذنها بناء على كون امرها بيدها ثم تبدل رأيه او رأي مجتهده الى كون امرها بيد ابيها تكون باقية على زوجيته وان كان لا يجوز له نكاح مثلها بعد ذلك واما الثاني فكما اذا كان مذهبه اجتهاداً او تقليداً نجاسة الغسالة او عرق الجنب من الحرام

مثلاً واشترى مايعاً فتبين انه كان ملاقياً للغسالة او عرق الجنب من الحرام فتنازع مع البايع في صحة البيع وعدمها وترافعا الى مجتهد كان مذهبه عدم النجاسة وصحة البيع فحكم بصحته فان اللازم على المشتري العمل بموجب جواز التصرف في ذلك المايع ففي خصوص هذا المورد يعمل بمقتضى الطهارة ويبنى عليها وينقض الفتوى بالنسبة اليه بذلك الحكم واما بالنسبة الى ساير الموارد فعلى مذهبه من النجاسة حتى انه اذا لاقى ذلك المايع بعد الحكم بطهارة الغسالة او عرق الجنب يبقى على تقليده الاول فيبنى على نجاسته وهكذا في ساير المسائل الظنية في غير الصورتين المذكورتين (مسئلة ٣٦) لا يجوز للحاكم ان يحكم على طبق حكم حاكم اخر من غير ان يبحث عنه ويتبين كونه على طبق رأيه وان علم باهليته وكون حكمه نافذاً لان المفروض عدم الثبوت عنده وايضاً لعل حكمه مبني على فتوى يخالف رأيه فغاية الامر جواز او وجوب امضائه بمعنى تنفيذه وهو غير الحكم من نفسه على طبقه فما في المستند من جواز ذلك بعد كونه حكم الله وعدم جواز رده لثبوت الملازمة بين جواز امضائه والحكم بمقتضاه كما ترى (نعم) اذا فحص عنه وتبين عنده صحته وكان موافقاً لرأيه جاز له الحكم على طبقه مع مطالبة من له الحكم فبدون ذلك ليس له الا التنفيذ بمعنى ايجاب العمل على طبقه من حيث انه حكم صادر من اهله وان علم كونه مبنياً على ما يخالف رأيه (مسئلة ٣٧) لا يجوز امضاء الحكم الصادر من الحاكم المقصر في الاجتهاد وان علم كونه مطابقاً للقواعد من باب الاتفاق وكذا الصادر من غير الاهل مع اتفاق كونه مطابقاً للقواعد (مسئلة ٣٨) اذا استفرغ الحاكم وسعه في الاجتهاد ولم يكن مقصراً في الفحص عن الدليل وكان هناك خبر معتبر بلا معارض او دليل ظني اخر وكان بحيث لو عثر على الحكم عليه الحكم على طبقه لكنه لم يعثر عليه فحكم بخلافه فالظاهر نفوذ حكمه مع عدم العلم بكونه خلاف الواقع وان كان مخالفاً لذلك الخبر او الدليل الظني فلا يجوز له ولا لغيره نقضه لان ما ادى اليه اجتهاده مع فرض عدم تقصيره حجة شرعية وحكمه حكم الله تعالى (مسئلة ٣٩) لو تبين خطأ الحاكم في حكمه انتقض وحينئذ فان كان قبل العمل به فلا اشكال وان كان بعده فاما ان يكون في قتل او قطع واما ان يكون في مال ففي الاول اذا لم يكن مقصراً ولا جائراً في حكمه فلا قصاص عليه قطعاً وتكون الدية من بيت المال لخبر اصبغ بن نباتة ما اخطأت القضاة في دم او قطع فعلى بيت مال المسلمين نعم لو كان المحكوم له عالماً بفساد دعويه

ومع ذلك العدم ظلماً كان عليه القصاص وفي الثاني اذا كان المال موجوداً استرده وان كان تالفاً فان كان قد اخذه المحكوم له ضمن عوضه وان لم يكن اخذه لعدم كونه ممن يرجع اليه فان كان عالماً بفساد دعويه فكذلك لكونه السبب في تلافه على المحكوم عليه وان لم يكن عالماً بذلك فمن جماعة انه على بيت المال لكنه لا يخلو عن اشكال لاختصاص الخبر بالدم والقطع وحينئذ فلا ضمان على المحكوم له لعدم ثبوت يده عليه ولا على الحاكم لكونه ماذوناً شرعاً اذ المفروض عدم جوره وعدم تقصيره وربما يحتمل ضمانه لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال كان ابو عبد الله ع قاعداً في حلقة ربيعة الراى فجاء اعرابي فسئل ربيعة الراى فاجابه فلما سكت قال له الاعرابي هو في عنقك فسكت ربيعة ولم يرد شيئاً فاعاد المسئلة عليه فاجابه بمثل ذلك فقال الاعرابي هو في عنقك فسكت عنه ربيعة فقال ابو عبد الله ع هو في عنقه قال اولم يقل وكل مفت ضامن لكنه ضعيف والمراد من الضمان في الخبر هو الاثم على تقدير التقصير او عدم الاهلية او ضمان العوض اذا كان سبباً لاتلافه بفتويه مع كونه مقصراً او غير اهل واما ان كان حكم الحاكم عن جور او تقصير في الاجتهاد او في مقدمات القضاء وكانت الدعوى في قتل او قطع كان الضمان عليه الا اذا كان المحكوم له ظالما في دعويه وكان هو المباشر للقتل او القطع فحينئذ يكون القصاص عليه لان المباشر اقوى من السبب وان كان المباشر غيره بتسبيب منه فالمحكوم عليه او وليه مخير بين القصاص منه او من الحاكم وان كانت الدعوى مالا وكان تالفاً كان الضمان على الحاكم (نعم) لو كان المحكوم له ظالما في دعويه تخير المحكوم عليه بين الرجوع عليه او على الحاكم (مسئلة ٤٠) اذا ادعى المحكوم عليه على المحكوم له بعد تمام المرافعة والحكم عدم اهلية الحاكم لعدم اجتهاده او فسقه او ادعى خطاءه في الحكم او تقصيره في مقدماته او جوره فيه او فسق الشهود فمقتضى عموم قوله ع البينة على المدعى واليمين على من انكر ونحوه سماع دعويه سواء كان له بينة اولا وما عن بعضهم من عدم سماعه مطلقا او مع عدم البينة لانه امين الامام ع وايضاً فتح هذا الباب موجب للطعن في الحكام لا وجه له وحينئذ ففي دعوى عدم اهليته يكون المدعى هو المحكوم له فعليه اثبات الاهلية نعم لو كان المحكوم عليه هو الذي اختاره للترافع عنده او كان مختاراً في الرجوع اليه يكون هو المدعى لحمل فعله على الصحة وكون الحاكم اهلا وفي دعوى خطاءه او جوره او فسق الشهود او تقصيره يكون المدعى هو المحكوم عليه فيكون الاثبات

عليه وكذا الحال لو ادعى على الحاكم لاثبات تغريمه فعليه اثبات اجتهاد نفسه وكونه عادلا الا في صورة كونه مختار اله او في الرجوع اليه وعلى المحكوم عليه اثبات خطأه او جوره او تقصيره او فسق الشهود (مسئلة ٤١) ذكروا انه لو طلب الخصم من الحاكم احضار خصمه للمرافعة معه وجب عليه اجابته واحضاره اما بختم يكتب فيه اجب الحاكم واما بارسال من ياتي به وانه يجب عليه الحضور ولو امتنع استعان عليه باعوان السلطان وادعى بعضهم عدم الخلاف فيه بل عن الكفاية نسبته الى مذهب الاصحاب وعن جماعة منهم صاحب المسالك الاجماع عليه قالوا ولا فرق بين ان يكون قبل تحرير الدعوى او بعده في صورة كونه حاضرا في البلد ولم يكن له عذر واما ان كان غائبا فبعد تحرير الدعوى وكونها مسموعة والفرق لزوم المشقة على الغائب دون الحاضر وذكر بعضهم انه لو اختفى امر الحاكم بان ينادي على باب داره انه لو لم يحضر الى ثلثة ايام يسمر بابه ويختم عليه واما ان كان له عذر مانع عن الحضور كالمرض او الخوف من العدو او نحوهما بعث اليه من يحكم بينهما او يكلفه بنصب وكيل عنه للمرافعة وكذا اذا كان الخصم امراة مستورة غير برزة واما ان كانت برزة فحكمها كالرجل ثم مقتضى اطلاقهم عدم الفرق في وجوب الحضور بين الوضيع والشريف وان كان قبل تحرير الدعوى لكن الحق بعضهم الشريف بالغائب في اختصاص وجوب احضاره بما اذا كان بعد التحرير وبعضهم الحقه بالمعذور عن الحضور هذا ولا دليل على شيء مما ذكروه الا دعوى توقف الحكم بينهما على ذلك وان الحاكم منصوب لاستيفاء الحقوق وترك الاحضار تضييع لها وهما كما ترى خصوصا اذا كان قبل تحرير الدعوى وتحقق كونها مسموعة فانه ايذاء للمدعى عليه سيما اذا كان من ارباب الشرف بل ما ذكروه مناف لما هو المشهور بينهم من جواز الحكم على الغائب عن البلد او عن مجلس الحكم وان كان في البلد ولذا استشكل في الحكم المذكور جماعة واستقرب بعضهم كصاحب المستند تخيير الحاكم بين الاحضار او الحكم عليه غايبا والاقوى عدم وجوب احضاره حتى بعد التحرير وعدم وجوب حضوره بناء على جواز الحكم على الغائب عن البلد بل الحاضر فيه اذا اسقط حق حضوره (مسئلة ٤٢) المشهور انه يجوز للحاكم ان يحكم بعلمه من دون بينة او اقرار في حقوق الناس وحقوق الله بل عن جماعة كالخلاف والانتصار والغنية ونهج الحق وظاهر السرائر الاجماع عليه وعن الاسكافي عدم جوازه مطلقا وعن ابن حمزه

تخصيص الجواز بحقوق الناس ويحكى عن الاسكافي في مختصره الاحمدي تخصيصه بحقوق الله عكس ابن حمزه والاقوى ماهو المشهور لاستلزامه عدمه امافسق الحاكم ان حكم بخلاف علمه او ايقاف القضاء لا لموجب واستلزامه عدم وجوب انكار المنكر وعدم وجوب اظهار الحق ولعموم مادل على الحكم بالحق والقسط والعدل وما انزل الله من الايات والاخبار وعموم ادلة الامر بالمعروف والنهي عن المنكر وربما يستدل عليه ايضاً بخبر حسين بن خالد الواجب على الامام ع اذا نظر الى رجل يزني او يشرب خمراً ان يقيم عليه الحد ولا يحتاج الى بينة مع نظره لانه امين الله في خلقه واذا نظر الى رجل يسرق فالواجب عليه ان يزجره وينهاه ويمضي ويدعه قال فقلت كيف ذاك فقال لان الحق اذا كان لله تعالى فالواجب على الامام ع اقامته واذا كان للناس فهو للناس بتقريب انه علل وجوب الحد على الامام ع بكونه امين الله وهو جار في الحكام ايضاً لجملة من الاخبار كخبر اسمعيل بن جابر العلماء امناء وخبر السكوني الفقهاء امناء الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا وخبر تحف العقول مجاري الامور على ايدي العلماء بالله الامناء على حلاله وحرامه لكنه لا يخلو عن اشكال واستدل للقول بعدم الجواز بانه موضع التهمة وهو كما ترى مع انه قد يكون مع البينة ايضاً كذلك وبالنبوي ص في قضية الملاعنة لو كنت راجما لغير بينة لرجمتها وفيه انه لم يثبت من طرقنا وبالحصر المستفاد من قوله ع البينة للمدعي واليمين على من انكر وقوله ع استخراج الحقوق باربعة وجوه بشهادة رجلين عدلين فان لم يكونا فرجل وامرأتان فان لم يكن امرأتان فرجل ويمين المدعي فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه والجواب انه منزل على الغالب من عدم العلم للحاكم لم يمكن ان يقال ان الجواز مختص بالعلم الحاصل من الاسباب العادية لا الحاصل من الجفر او الرمل او النوم او نحو ذلك وعن المسالك استثناء صور من القضاء بالعلم عن محل الخلاف بمعنى جوازه حتى على القول بالمنع (منها) تزكية الشهود وجرحهم والا لزم الدور او التسلسل (ومنها) الاقرار في مجلس القضاء وان لم يسمعه غير الحاكم وقيل يستثنى اقرار الخصم مطلقا (ومنها) العلم بخطاء الشهود وكذبهم يقيناً (ومنها) تعزير من اساء ادبه في مجلسه وان لم يعلم غيره لانه من ضرورة اقامة ابهة القضاء (ومنها) ان يشهد معه اخر فانه لا يقصر عن شاهد وفي الاستثناء نظر كما لا يخفى (مسئلة ٤٣) اذا كان النزاع

بين المتخاصمين في امر يكون محلاً للخلاف بين العلماء كما اذا تنازع الولد الاكبر مع سائر الورثة في كون الحبوة مجاناً او بعوض الارث او تنازع البكر مع الاب في استقلالها او استقلاله او البائع والمشتري في مايع لاقي ماهو الخلاف في نجاسته وعدمها او نحو ذلك فترافعا الى الحاكم فاما ان يكون تراافعهما قبل بنائهما على تقليد مجتهد او بعد تقليد كل منهما لمن فتوته مطابقاً لما يدعيه او بعد كونهما مقلدين لمجتهد واحد فعلى الاول الحاكم يحكم برأيه في تلك الواقعة وافق احدهما او خالفهما اذلم يثبت في حقهما حكم وكذا على الثاني لعدم ترجيح فتوى مجتهد احدهما على فتوى الآخر وعلى الثالث يحكم بينهما بفتوى مجتهدهما لانه حكم شرعي لهما بعد تقليدهما اياه وهو صحيح عند هذا الحاكم لصحة اجتهاد كل مجتهد وكون فتويه حكماً شرعياً في حقه وحق مقلديه حتى عند من خالفه من المجتهدين بخلاف الصورة الثانية فان فتوى المجتهدين لهما وان كان حكماً شرعياً ايضاً الا انه مزاحم بالآخر ولا ترجيح ولا فرق فيها بين ان يكون احدهما قد عمل بمقتضى فتوى مجتهده في تلك الواقعة اولا فلو اخذ الولد الاكبر الحبوة بعنوان المجانية بتقليده من يقول بذلك يسترد منه وهكذا لكن ذكر صاحب المستند في مسئلة الاختلاف في استقلال البكر او الاب انه لو تزوج البكر نفسها من شخص بتقليدها لمن يقول باستقلالها صح ويكفي تقليدها وليس للاب مزاحمتها فاذا ارجعا الى الحاكم يحكم لها فانه بعد ما حكم بان الحاكم يحكم برايه في الصورة الثانية وانه لا يكفي تقليد احدهما قال نعم لو لم يكن الواقعة مما يكون الاثر المترتب على الفعل بين المتنازعين فيكفي تقليد احدهما كمسئلة عقد البكر او الولي فلو عقدت البكر نفسها الزوج بتقليد مجتهد يرى استقلالها وقبله الزوج بتقليده ايضاً ثم تنازع الولي عند من يرى استقلاله يجب الحكم بصحة العقد اذلا تعلق للولي في اثر العقد الذي هو حلية البضع ولا يحتاج تقليد البكر الى رضى الولي ايضاً (انتهى) وانت خبير بما فيه لان كون الاثر وهو حلية البضع بين الزوج والزوجة لا يمنع من كون الولي ايضاً ذا حق في التزويج فلا فرق بينه وبين ساير الموارد في عدم ترجيح تقليد احدهما على الآخر (مسئلة ٤٤) بناء على ما مر من جواز حكم الحاكم بعلمه هل يجب عليه ذلك لو ترافعا اليه او يجوز له ترك التصدي للمرافعة بينهما الظاهر جواز الترك اذا كان هناك غيره ممن كان اهلاً للمرافعة وامامع الانحصار فيه فلا يجوز تركه كما انه لا يجوز له الايقاف على البينة

واليمين لاستلزامه العمل بالبينة ولو على خلاف علمه فيكون حكما بغير ما انزل الله او احلاف من يعلم كونه كاذبا في حلفه بل لا يجوز له طلب البينة وان علم انهما يشهدان على طبق علمه لانه الزام بغير موجب الا ان يكون تركه موجبا لاتهامه نعم لا باس بان يقول للمدعي ان اردت اقامتها فلك ذلك كما انه لا باس بتحليف المنكر مع كونه عالما بصدقه في حلفه اذا كان برضاه وقد يقال بعدم جوازه ولو برضاه لانه موقوف على الرخصة وهي في المقام مفقودة (وفيه) انه لا دليل على حرمته ومقتضى الاصل جوازه الا ان يقال نعم ولكن لا يترتب عليه حكم الحلف القاطع للدعوى لعدم توقف الحكم عليه بعد علم الحاكم بكون الحق معه ﴿ مسئلة ٤٥ ﴾ اذا ترافعا اليه في واقعة قد حكم فيها سابقا يجوز له ان يحكم على طبقه فعلا اذا تذكر مستند حكمه السابق بل وان لم يتذكر مستنده لان حكمه حجة تامة فيصلح ان يكون مستندا لحكمه فعلا هذا اذا تذكر حكمه سابقا واما ان لم يتذكر لكن شهد به عدلان فهل له ان يحكم على طبقه ام لا قولان فعن بعضهم عدم جوازه لانه يتمكن من تحصيل العلم باستيناف المرافعة وعن بعضهم جوازه لعموم حجية البينة وعدم وجوب تحصيل العلم بعد حجيتها مع ان حصوله بالاستيناف غير معلوم ولا فرق في جواز الحكم فعلا على طبق حكمه السابق بين ان يكون عالما بتبدل رايه في حكم تلك الواقعة او بعدمه او شك في ذلك لان التبدل لا يوجب بطلان الحكم السابق الا اذا علم كون الواقع على خلافه وكذا لا فرق بين بقاء الشهود على العدالة او طرو الفسق عليهم لان المناط العدالة حال الحكم واما اذا لم يتذكر الحكم السابق ولم يشهد به عدلان لكن راى خطه وخاتمه فلا يجوز له الحكم الا ان ينضم اليه قرائن توجب العلم ﴿ مسئلة ٤٦ ﴾ اذا ترافعا اليه في واقعة تذكر انه ثبت عنده الحق ولكن لم يصدر منه الحكم على طبقه فان تذكر مستند الثبوت او شهد به عدلان جاز له الحكم فعلا لعدم لزوم مقارنة الحكم للثبوت لكن بشرط عدم تبدل رايه في بعض مدارك الثبوت والا فلا يجوز لوجوب كون الحكم على وفق الفتوى فعلا ومجرد الثبوت السابق بدون الحكم لا يكفي كما انه لا يجوز لو لم يتذكر مستند الثبوت ولا شهد به عدلان وكذا لا يجوز لو شك في تبدل رايه وعدمه ﴿ مسئلة ٤٧ ﴾ لو ترافعا اليه في واقعة شهد عدلان انه سابقا شهد بان الحق لفلان فهل يجوز له الحكم فعلا بشهادته السابقة الثابتة بشهادة عدلين او لا فيه قولان اقويهما عدم الجواز

﴿ فصل ﴾

في تعريف المدعي وشروطه (مسئلة ١) عرف المدعي بتعاريف احدها انه من لو ترك ترك وبعبارة اخرى من لو سكت يسكت عنه والظاهر ان المراد تركه في تلك الدعوى لا مطلقا فلو كان مديونا وادعى الوفاء اوكان عنده مال من غيره فادعى الرد يكون مدعياً لانه لو ترك هذه الدعوى ترك فيها فيكون الدين باقياً في ذمته والمال باقيا عنده ولا ينافي عدم تركه من هذه الحيثية (الثاني) انه من يدعي خلاف الاصل والظاهر ان المراد منه اعم من الاصل العملي والامارات المعتبرة كاليد ونحوها وهذا بحسب المصاديق مساوق للاول (الثالث) انه من يكون في مقام اثبات قضية على غيره وهذا ايضا يساوق الاولين (الرابع) ان المرجع فيه هو العرف وهذا ايضاً بحسب المصاديق يرجع الى المذكورات وقد يعرف بانه من يدعي خلاف الاصل او الظاهر فان كان المراد من الظاهر الظاهر المعتبر شرعا فيرجع الى المذكورات والا فلا وجه له كما انه لا وجه لتعريفه بانه من يدعي خلاف الظاهر لمنع صدقه على كل من يدعي خلاف الظاهر وان لم يكن معتبراً شرعا مع ان من يدعي خلاف الاصل يصدق عليه المدعي قطعاً و ايضا يختلف الظهور والخفاء بالنسبة الى الاشخاص فيلزم ان يكون شخص واحد في دعوى واحدة مدعيا عند حاكم ومنكراً عند آخر وكذا لا وجه لما قد يقال المدعي من يطلب منه البينة بخلاف المنكر اذ الكلام في تعيين المدعي حتى يطلب منه البينة مع انه قد يصدق المدعي ولا يطلب منه البينة بل يقدم قوله للدليل كما في الودعي اذا ادعى الرد او التلف وقد يطلب منه الحلف كما في اليمين المردودة واليمين مع الشاهد الواحد ثم انه لا يخفى انه ليس المراد من هذه التعريفات بيان معنى لفظ المدعي والمفهوم العرفي منه بل المراد بيان مصاديقه فلا وجه للايراد عليها بانه لم يثبت حقيقة شرعية في لفظ المدعي ولا مجاز شرعي والا فمن المعلوم ان مفهومه غير المذكورات اذ هو مشتق من الدعاء او الدعوة بمعنى الطلب وهي تختلف بحسب المتعلق فيقال دعى زيدا اي طلبه ودعى له اي طلب امراً خيراً له ودعى عليه اي طلب سوء عليه ودعا منه اي طلب منه وادعى اي اخبر بمطلب كما اذا قال السماء فوقنا وادعى عليه اي طلب منه شيئا على ضرره (مسئلة ٢) لا يخفى انه قد يختلف صدق المدعي والمنكر بحسب مصب الدعوى مثلاً اذا اختلفا في انه باعه كذا او وهبه اياه فان لم يكن

نظيرها الآلي اليمين ان الواقع هو البيع او الهبة يكون كل منهما مدعيا ومنكراً او ان كان مصب الدعوى والغرض منها ثبوت العوض وعدمه فبناء على جريان قاعدة احترام المال وانه لا يذهب عبثاً يكون المدعي من يقول بالهبة وبناءً على عدم ثبوتها وجريان اصالة البراءة عن الشغل بالعوض يكون المدعي من يقول بالبيع وان كان مصبها جواز استرداد ذلك المال وعدمه يكون المدعي من يقول بالهبة فانه يدعي جواز الرجوع وان كان مصبها ضمان العين وعدمه اذا تبين فساد المعاملة وقد تلفت العين كان المدعي من يقول بالبيع لانه يدعي الضمان بمقتضى قاعدة ما يضمن والاصل البراءة عن العوض نعم لو قلنا بجواز التمسك بالعموم في الشبهات المصداقية مطلقاً او في مورد يكون العام مقتضياً كما في اليد المقتضية للضمان يكون المدعي من يقول بالهبة لان مقتضى عموم على اليد الضمان وهو مقدم على اصل البراءة (مسئلة ٣) يشترط في سماع دعوى المدعي امور (احدها) الكمال بالبلوغ والعقل فلا تسمع من المجنون وغير البالغ وان كان مميزاً مراهقاً بلا خلاف بل ادعى بعضهم الاجماع عليه لاصالة عدم ترتب آثار الدعوى من وجوب السماع وقبول البينة والاقرار وسقوطها بالحلف ونحو ذلك ولان المتبادر من الادلة هو البالغ العاقل ولما دل من الاخبار على انه لا يجوز امر الصبي حتى يبلغ (قيل) ولكونهما مسلوبي العبارة هذا ولكن القدر المتيقن من الاجماع وغيره عدم سماع دعوى الصبي فيما يوجب تصرفاً في مال او غيره مما هو ممنوع منه والا فمقتضى عمومات وجوب الحكم بالعدل والقسط ونحوها سماعها في غير التصرفات الممنوعة كما اذا ادعى على شخص انه جنى عليه او سلبه ثوبه او اخذ منه ما في يده بل لو ادعى انه غصب دابته او نحو ذلك واتى بشهود على مدعاه فلا دليل على عدم سماع دعويه خصوصاً اذا كان الخصم ممن يخاف منه الفرار او كان من المسافرين لكن لا يجوز له التحليف ولا الحلف ولا يسمع اقراره ولا يدفع اليه ما ثبت كونه ماله (نعم) اذا لم يكن له ولي فللحاكم مع عدم البينة احلاف المنكر مع المصلحة ولا يلزم في سماع الدعوى ترتيب جميع آثارها من الاحلاف والحلف ونحوهما (الثاني) كونه رشيداً فلا تسمع من السفيه كما عن الاردبيلي وبعض آخر بل عن المعتمد دعوى الاجماع عليه ولعل مرادهم عدم السماع في الدعاوي المتعلقة بالمال والا فلا مانع من سماع ما يتعلق بغيره كالقذف والجناية والنكاح ونحو ذلك بل في الدعاوي المالية ايضاً لا مانع

من سماعها مالم ينته الى تصرف مالي اذ لا دليل على عدم سماع دعويه الا دعوى الاجماع والظاهر ان مراد المجمعين عدم السماع في الدعاوى المالية لا مطلقا (الثالث) كون مايدعيه لنفسه اولموكله اولمن يكون له عليه ولاية من ابوة اووصاية اوقيمومة اوحكومة اوكونه متعلق حقه من رهانة او امانة اواجارة اوالتقاط اونحو ذلك فلا تسمع دعوى مال الغير من دون تعلق له به لاصالة عدم وجوب السماع منه وعدم وجوب الجواب على المدعى عليه وعدم جواز اجباره على الجواب وعدم ترتيب ساير اثار المرافعة وانصراف العمومات الدالة على وجوب الفصل بين المتخاصمين والحكم بالحق والقسط والعدل عن مثل ذلك نعم الظاهر سماع الدعاوى الحسبية من المحتسبين كما اذا ادعى شخص على ميت له صغار بدين وهو يعلم انه اوفاه وذمته بريئة وله شهود بذلك اوادعى على صديقه اوجاره الغائبين وهو يعلم براءتهما ونحو ذلك خصوصاً اذا كان المدعي بحيث لو اثبت دعواه واخذ مايدعيه لم يمكن استرداده منه لعدم انصراف العمومات عن امثال ذلك وهل يشترط في سماع دعوى الوكيل والولي ثبوت وكالته اوولايته اولا بل يكفي ادعائه لذلك وجهان بل قولان اظهرها الاشتراط (مسئلة ٤) لو ترافع بعنوان الولاية اوالوكالة واثبت مايدعيه للمولى عليه اوللموكل ثم تبين عدم كونه ولياً اووكيلاً يلحقه حكم الدعوى التبرعية (مسئلة ٥) اذا ادعى ان المال الذي بيده لزيد وانه رهن عنده واثبت ذلك بالشهود فحكم الحاكم له فهل يثبت بذلك ملكية زيد لذلك المال اولا فيه وجهان اوجههما الثبوت لعدم عدها بالنسبة اليه تبرعية (الرابع) ان يكون مايدعيه امراً ممكناً فلا تسمع دعوى محال عقلا اوعادة اوشرعاً وان يكون لازما بحيث يمكن الزام المدعى عليه به على فرض ثبوته فلا تسمع اذا كان امراً يجوز له الرجوع فيه لالان انكاره رجوع كما قيل لانه ممنوع بل لان من لوازم الدعوى ان يكون المدعى عليه ملزما بما ثبت عليه بحيث يمكن اجباره عليه ومع الجواز لا يكون كذلك فلو ادعى الوقف اوالهبة اوالرهن اونحو ذلك مما يشترط فيها القبض والاقباض لا تسمع واستشكل بعضهم في الشرط المذكور بان اصل الملك شيء ولزومه شيء آخر ولكل منهما آثار فيمكن دعوى احدهما دون الآخر مع ان لازمه عدم سماع دعوى البيع من دون دعوى انقضاء زمان الخيار وعدم سماع دعوى الهبة اذا كان المتهب اجنبياً وهكذا مع انه لاقائل به ويظهر من صاحب الجواهر ان المراد من

باللزوم ليس كونه بحيث لا يكون للمدعى عليه الرجوع او الفسخ بل المراد استحقاق المدعي بعد الاثبات لا مجرد تهيئه له بخلاف الوقف ونحوه فلا يرد النقض بالبيع ونحوه لانه اذا اثبته يستحق المبيع ويملكه وان كان للمدعى عليه فسخه قلت والاقوى سماع الدعوى اذا كان للمدعي فرض عقلائي فيما يدعيه وان لم يكن صحيحاً ايضاً اذ يمكن ان يكون غرضه ثبوت البيع ولو كان باطلاً (الخامس) ان يكون ما يدعيه مما يصح ملكه فلو ادعى عليه خمراً او خنزيراً او نحوهما مما لا يملكه المسلم لا تسمع ولو كانت الدعوى على كافر الا ان يكون في مقام يثبت له حق الاختصاص (السادس) ان يكون المدعى به معلوماً بالجنس والنوع والوصف والقدر كما عن الشيخ وابي الصلاح وابي زهرة وحمزة وادريس والفاضل في التحرير والتذكرة والدروس فلا تسمع اذا كان مجهولاً كان ادعى فرساً او دابة او ثوباً او شيئاً وعلل ذلك بعدم الفائدة لو اقر به المدعى عليه وهو ممنوع ولذا ذهب جماعة الى السماع بل نسب الى الاكثر وهو الاقوى لعدم الدليل على ماذكروه بعد منع عدم الفائدة مع انهم ذكروا سماع الاقرار بالمجهول والزام المقر بالتفسير وايضاً ذكروا سماع الوصية بالمجهول بل سماع دعوى الوصية بالمجهول وعلى ماذكرنا فان ثبت المدعى بالاقرار او البينة يلزم المدعى عليه بالتعيين ويقبل منه مسمى المدعى ويحلف على نفي الزايد او نفي العلم به ان ادعى عليه العلم وان ادعى عليه الجهل او اصر على الامتناع من البيان يؤخذ منه القدر المتيقن بحسب القدر واقل الافراد بحسب الوصف والقيمة نعم لو كان المدعى به مجهولاً مطلقاً مردداً بين ما له قيمة وما ليس له قيمة لا تسمع دعواه (مسئلة ٦) لا يشترط في سماع الدعوى ذكر سبب استحقاق المدعى به وكشف الحال في انه من اي وجه وباي كيفية فيكفي الاطلاق مجرداً عن ذكر السبب من غير فرق بين ان يكون المدعى به عيناً او ديناً او عقداً من العقود حتى في عقد النكاح و الظاهر عدم الخلاف في ذلك بيننا نعم اشترط بعضهم ذلك في دعوى القتل وانه لا بد فيه من بيان انه من عمد او خطأ وانه بالمباشرة او التسبيب وكونه قاتلاً وحده او بشركة الغير ونحو ذلك وعن المبسوط دعوى الاجماع عليه وعلل ذلك بان امره شديد وفائته لا يستدرك وبالخلاف في اسبابه والاقوى عدم الاشتراط وكفاية الاجمال في السماع نعم للحاكم ان يستفصل ولو لم يعلم

التفصيل لم تسمع و ان كان يمكن ان يقال مقتضى النصوص الدالة على انه لا يطل دم امرء مسلم ثبوت الدية في كلي القتل بعد ثبوته وتمام الكلام في محله (مسئلة ٧) استشكل بعضهم في سماع دعوى الاقرار ولو كان بالمعلوم لانه لا يثبت الحق في الواقع بل انما يؤخذ به في الظاهر من باب ان اقرار العقلاء على انفسهم جائز وفيه ان ثبوت الحق ظاهراً يكفي في وجوب السماع فلو ثبت اقراره بالاقرار او البينة يحكم عليه ظاهراً ولا ينبغي التأمل فيه (السابع) ان تكون الدعوى صريحة في استحقاق المدعي والا فلا تسمع لعدم الفائدة لو ثبت مايدعيه بالاقرار او البينة مثلاً اذا قال هذه الامة التي عندك ابنة امتي لا تسمع الا مع ضم قوله وهي الان لي والا فيمكن كون الامة حرة او ملكاً للغير وكذا لو قال هذا التمر من نخلي لاحتمال كونه لغيره مع كون النخل له وكذا لو قال هذه الامة تولدت من امتي في ملكي لاحتمال كونها لغيره وان تولدت من مملوكته فلا تكون الدعوى صريحة في استحقاقه لها الا مع الضميمة المذكورة ودعوى ان مقتضى التبعية كونها تابعة لامها مدفوعة بان المفروض انها في يد المدعى عليه وهي مقدمة على قاعدة التبعية مع انها لا تنفع في صراحة الدعوى ولذا لو اقر من بيده الامة انها بنت مملوكة فلان لا يكون اقراراً بانها له قالوا ولا كذلك لو قال هذا الغزل من قطن فلان او هذا الدقيق من حنطة فلان فانه اقرار بانه له وعلى هذا فلو ادعى على ان هذا الغزل من قطني او هذا الدقيق من حنطتي تسمع دعويه ففرق بين مثال الامة والبنت والنخل والتمر وبين مثل القطن والغزل والحنطة والدقيق والدبس والتمر (قلت) يشكل ماذكروه من الاشتراط المذكور اي الصراحة في الاستحقاق اذ الظهور ايضاً كاف في صدق الدعوى ومن المعلوم ان الدعاوي المذكورة ظاهرة في ارادة الاستحقاق الفعلي فلا حاجة الى ضم الضميمة المذكورة فما ذكروه من عدم السماع انما يتم اذا قال المدعي هذه دعواي لا ازيد واما اذا قال اتمم الدعوى بعد حصول البينة لي فلا وجه لعدم سماعها بل لو اطلق ايضاً لزم السماع اذ الاصل في الدعوى وجوب السماع الا ان يعلم عدم الفائدة فيها ثم لا فرق بين المذكورات وبين دعوى ان هذا الغزل من قطني او هذا الدقيق من حنطتي اذ غاية الامر ان مقتضى تبعية الفرع للاصل كونه له لكن يمكن ان يكون المدعى عليه قد اشترى منه ذلك الغزل فليست صريحة في الاستحقاق

الا مع ضم قوله فهو لي وكذا لو قال المدعي عليه ان الغزل من قطنك لكنه لي لا يعد انكاراً بعد اقرار (مسئلة ٨) لو ادعت امرأة زوجيتها لرجل سمعت دعويها من غير حاجة الى ضم دعوى شيء من حقوق الزوجية لان هذه الدعوى تتضمن دعوى لوازمها وكذا اذا ادعى رجل زوجية امرأة والظاهر ان من هذا القبيل لو ادعى ان فلانا غصب داري اواشترى مني ضيعتي او اقترض مني كذا مقداراً فلابد من سماعها وان لم يضم اليها دعوى استحقاق رد الغصب او اداء الثمن او عوض ما اقترض لكون الدعاوي المذكورة متضمنة لدعوى هذه اللوازم فلاوجه لما في المستند من عد هذه الدعاوي مما لا يجب سماعها الا مع الضميمة مع انه صرح بسماع دعوى الزوجية من غير حاجة اليها (مسئلة ٩) من الدعاوي التي لا تسمع من جهة عدم الفائدة دعوى المحكوم عليه على الشاهد بانه يعلم فسق نفسه لان المناط ثبوت عدالته عند الحاكم مع انه لو اقر بفسق نفسه لا يكون عليه شيء من طرف شهادته (الثامن) ان يكون للمدعي طرف يكون بينهما مخاصمة ومنازعة فعلاً فلو لم يكن له طرف موجود فعلاً واراد اثبات مطلب واصدار الحكم عليه ليكون قاطعاً لدعوى محتملة فيما سيأتي كما اذا كان هناك وقف على كيفية صحيحة عند بعض العلماء دون بعض فاراد اصدار الحكم ممن يقول بصحته دفعاً لادعاء بعض البطون اللاحقة ونحو ذلك مما هو محل الخلاف اوكان له طرف لكن لم يكن بينهما منازعة فعلا كان يكون معترفا بحقه لكن اراد اثبات حقه واخذ الحكم دفعاً لما يحتمل من جحوده بعد ذلك لا يجب على الحاكم سماعها ولو سمعها وثبت عنده بالبينة او الاقرار وحكم به لا يترتب عليه آثار الحكم من وجوب العمل به وحرمة نقضه لان المتبادر مما دل على وجوب السماع وترتب آثار الحكم صورة وجود المنازعة فعلا كذا قاله بعضهم (قلت) وهو كذلك بالنسبة الى وجوب السماع وعدمه واما بالنسبة الى ترتب الآثار لو سمع وحكم فيمكن دعوى ترتبها لعموم مادل على وجوب العمل على طبق الحكم وعدم جواز نقضه ودعوى الانصراف من هذه الجهة محل منع ويظهر ذلك من صاحب الجواهر ايضا حيث انه بعد ما نفى الاشكال في صحة الحكم بالهلال والحدود التي لا خصومة فيها قال وعليه حينئذ فاذا انشأ الحكم بصحة تزويج المرتضعة مصه

عشر رضعات مثلا لم يمكن لهما الخصومة بعد ذلك من هذه الجهة فتأمل انتهى (التاسع) الجزم في الدعوى على المشهور فلا تسمع الدعوى الظنية والوهمية وعن جماعة عدم الاشتراط مطلقا فتسمع ولو كانت احتمالية وعن بعضهم تخصيص السماع بصورة التهمة وعن بعضهم بصورة الظن وعن آخرين السماع فيما يخفى ويعسر الاطلاع عليه كالقتل والسرقة ونحوها دون ما لا يخفى وعن صاحب المستند تخصيص السماع بصورة احتمال الاقرار او وجود البينة او ادعاء المدعى احدها فان تحقق والا سقطت كما انها تسقط مع عدم احتمال شيء منهما من الاول واستدل للقول بالاشتراط بان المتبادر من الدعوى ما كان بالجزم وفيه اولاً انه ممنوع وثانياً انه يكفي صدق المخاصمة والمنازعة فيشمله ما عدى قوله ع البينة للمدعي الخ من العمومات كقوله ع استخراج الحقوق باربعة الخ ونحوه وبان السماع ضرر على المدعى عليه من حيث الزامه بالاقرار والحلف او التغريم وفيه بعد المنع المعارضة بضرر المدعي مع عدم السماع وبان لازم السماع القضاء بالنكول او يمين المدعي في صورة عدم الاقرار والبينة وكلاهما مشكل لعدم جواز اخذ المدعي به مع عدم علمه وانكار المدعى عليه واحتمال كون نكوله عن الحلف للتعظيم او نحوه وكذا لعدم جواز حلف المدعي بدون العلم وفيه بعد تسليم عدم جواز ترتيب اثر النكول ان هذا لا يمنع اصل السماع غاية ما يكون عدم ترتيب جميع آثار القضاء والدعاوى التي لا يترتب عليها جميع الآثار كثيرة والاقوى ان المناط صدق الدعوى والمخاصمة والمنازعة عرفاً وهي انما تصدق في صورة وجوب التهمة وهي أعم من الظن والاحتمال بمعنى أنه قد تصدق وان لم يكن ظن ولا تسمع بدون صدقها وان حصل الظن ومع صدق المذكورات يشملها العمومات مثل قوله ع البينة للمدعي الخ وقوله ع انما اقضي بينكم الخ وقوله ع استخراج الحقوق باربعة الخ واما التمسك لعدم الاشتراط باصالة عدمه فلا وجه له اذ مع قطع النظر عن صدق الدعوى و شمول العمومات الاصل عدم وجوب السماع وكذا لا وجه للتمسك بعموم ما دل على وجوب الحكم بما انزل الله والقسط والعدل اذ لعل ما انزل الله ايقاف الدعوى الى حصول الجزم نعم يمكن تأييد المدعي بالاخبار الواردة في استحلاف الأمين مع التهمة كخبر بكر بن حبيب قلت لابي عبد الله ع اعطيت جبة الى القصار فذهبت بزعمه قال ع ان

اتهمته فاستحلفه وان لم تتهمه فليس عليه شيء وخبره الاخر عنه ع ايضاً لا يضمن القصار الاما جنت يداه وان اتهمته احلفته و خبر ابي بصير عنه عليه السلام ايضاً لا يضمن الصايغ ولا القصار ولا الحائك الا ان يكونوا متهمين فيخوف بالبينة ويستحلف لعله يستخرج منه شيئاً وهي وان كانت مختصة بصورة تحقق اليد المقتضية للضمان من حيث هي فلا يشمل ساير الدعاوى الظنية من غير تحقق اليد الا انه يمكن ان يستفاد منها جواز الاحلاف مع التهمة مطلقا ثم على السماع في صورة التهمة او مطلقا اذا ثبتت الدعوى بالاقرار او البينة فلا اشكال والا فان حلف المدعى عليه سقطت الدعوى كذلك وان لم يحلف فليس له الرد على المدعى لان الاخبار الدالة على تخيير المدعى عليه بين الحلف والرد ظاهرها او القدر المتيقن منها صورة امكان الحلف من المدعى بان يكون جازماً في الدعوى فلا تشمل المقام وحينئذ فان قلنا بالقضاء بالنكول يلزم المدعى عليه بالحق والا فتوقف الدعوى نعم لو قلنا بشمول الاخبار المذكورة لجميع افراد التهمه من غير اختصاص بموردها مما فيه اليد المقتضية للضمان امكن دعوى الالزام بالحق مع النكول وان لم نقل بالقضاء به في ساير المقامات لان الظاهر من الاخبار المذكورة ثبوت الحق مع عدم اليمين لكن الاشكال في التعدي عن موردها ومع ذلك يمكن ان يقال بعد صدق الدعوى والمخاصمة والمنازعة والمشاجرة في صورة التهمة وبعد عدم شمول اخبار رد اليمين على المدعى للمقام وانصرافها الى صورة امكان الحلف منه مقتضى عمومات وجوب الفصل بين المتخاصمين وكون الميزان في الفصل البينة واليمين لقوله ع انما اقضي بينكم بالبينات والايمان لزوم اليمين على المنكر وانه اذا حلف برء واذا لم يحلف يلزم بالحق بل يمكن ان يقال مقتضى قوله ع البينة للمدعى و اليمين على من انكر ايضاً ذلك يعني ان الفاصل مع عدم البينة هو الحلف وانه اذا حلف برء واذا لم يحلف يلزم بالحق وانما خرج عنه صورة امكان رد اليمين بالاخبار والا فمقتضاه ان الفاصل عند عدم البينة هو اليمين وجوداً وعدماً فايقاف الدعوى خلاف مقتضى القاعدة و انما ثبت في صورة الدعوى على الصبي والغائب ونحوهما مما له امد يرتقب لا مثل المقام الذي لا امد له يرتقب فمن هذا مع التأيد باخبار استحلاف الامين الظاهرة في الالزام بالحق مع عدم الحلف وعدم

البعد في التعدي عن موردها يمكن ان يقال بالزام المدعي عليه بالحق في صورة التهمة اذا نكل عن اليمين لايقاف الدعوى مع عدم امد له يرتقب (مسئلة ١٠) اذا قلنا باشتراط الجزم في سماع الدعوى هل يجوز لغير الجازم ان يبرز الدعوى بصورة الجزم لتسمع دعويه الظاهر عدم الجواز كما انه يشكل جواز الابراز بصورة الظن والتهمة مع كونه جازماً لبعض الاغراض على القول بسماعها مع التهمة بان يكون غرضه عدم رد الحلف عليه (العاشر) تعيين المدعى عليه فلو ادعى على احد الشخصين او الاشخاص مردداً بان قال لي كذا على زيد او على عمرو او قال قتل ابني احد هذين لم تسمع دعويه لعدم الفائدة اذ اثبت ذلك بالبينة او باقرارهما على وجه الترديد بان قالا نعم واحدنا مديون لكن لاندري المعين اذ الاصل برائة كل منهما كما في الجناية المرددة كذا يظهر من بعضهم لكن يمكن ان يقال بالسماع وفائدته ثبوت الحق لو علم بعد ذلك برآئة احدهما ولو باقرار الاخر هذا مع انه يمكن ان يقال اذا فرض العلم باشتغال ذمة احد الشخصين لشخص بمقدار لايجوز اجراء اصالة البرآئة من كل منهما لانه مستلزم للضرر على ذلك الشخص بل اللازم توزيع ذلك المقدار عليهما او القرعة بينهما كما ان في العكس بان علم شخص باشتغال ذمته لاحد الشخصين لايجب عليه الاحتياط بدفع المقدار المعلوم الى كل منهما لانه ضرر على ذلك الشخص بل يوزعه عليهما او يقرع بينهما وحينئذ يمكن ان يقال بعد صدق الدعوى والمنازعة والمخاصمة مقتضى عمومات وجوب الفصل بين المتنازعين وكون ميزانه البينة واليمين سماع الدعوى فان ثبت بالاقرار او البينة اشتغال ذمة احدهما يوزع عليهما او يقرع بينهما وان لم يثبت فعليهما الحلف فان حلفا برءا او ان حلف احدهما ونكل الاخر الزم بالحق وان نكلا يوزع عليهما او يقرع بينهما ويظهر من المحقق في الشرايع في باب القصاص السماع مع الترديد في المدعى عليه قال ولو قال قتله احد هذين سمع اذ لا ضرر في احلافهما ولو اقام بينة سمعت لاثبات اللوث وتبعه جماعة منهم العلامة رحمه الله في القواعد بل قال وكذا دعوى الغصب والسرقة واما القرض والبيع وغيرهما من المعاملات فاشكال ينشاء من تقصيره بالنسيان والاقرب السماع ايضاً انتهى ولايخفى ان لازم جواز احلافهما جواز ترتيب اثره وهو الالزام بالحق مع

النكول منهما او من احدهما والالزام لقوله حق الاستحلاف لانه على هذا لكل منهما الامتناع عن الحلف والمفروض عدم شئ عليه حينئذ والرد على المدعي ايضاً لا ينفع اذ احلف على الترديد بناء على ماهو عليه من عدم ثبوت شئ اذا ثبت بالبينة على وجه الترديد وتمام الكلام معهم في مقام آخر (مسئلة ١١) كان الاقوى سماع الدعوى مع الترديد في المدعى عليه كذلك تسمع مع الترديد فيمن له الحق فلو ادعى اثنان ان لاحدهما على واحد كذا تسمع وبعد الاثبات بالاقرار او على وجه الترديد او البينة كذلك يقتسمان على وجه الصلح القهري او يعينان بالقرعة واذا وكل احدهما الاخر او وكلا ثالثاً جاز وارتفع اشكال الترديد (مسئلة ١٢) اذا ادعى على جماعة غير محصورين لا تسمع لعدم الفائدة (مسئلة ١٣) تسمع الدعوى على الغائب ويجوز الحكم عليه مع البينة اذا لم يكن في البلد بان كان مسافراً او من اهل بلد آخر قريباً كان او بعيداً على المشهور المدعى عليه الاجماع ويدل عليه مرسل جميل الغايب يقضى عليه اذا قامت عليه البينة ويباع ماله ويقضى عنه دينه وهو غايب ويكون الغايب على حجته اذا قدم ولا يدفع المال الى الذي اقام البينة الا بكفلاء اذا لم يكن ملياً وخبر محمد بن مسلم وهو مثله الا قوله اذا لم يكن ملياً والخبر عن ابي موسى الاشعري كان النبي ص اذا حضر عنده خصمان فتواعدا الموعد فوفى احدهما ولم يف الاخر قضى للذي وفى على الذي لم يف اى مع البينة وقد استدل ايضاً بقوله ص لهند زوجة ابي سفيان بعد ما ادعت ان ابا سفيان رجل شحيح وانه لا يعطيها ما يكفيها وولدها خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف وفيه انه ليس من باب الحكم بل بيان الفتوى مع كون ابي سفيان غايباً عن البلد غير معلوم واما ما في خبر قرب الاسناد عن جعفر عن ابيه عن علي ع لا يقضى على الغايب فهو محمول على ارادة عدم الجزم في الحكم بحيث لا يكون على حجته فلا اشكال في المسئلة في الجملة ومقتضى اطلاق الخبرين عدم الفرق بين تيسر حضوره وتعسره وبين امكان اعلامه وعدمه فيكفي كونه غائباً عن البلد لكنه مشكل والقدر المتيقن ما اذا لم يمكن اعلامه اذ لعله يريد ان ينصب وكيلاً عنه او ان يحضر بنفسه واما اذا كان في البلد لكن كان غائباً عن مجلس المرافعة فالمشهور انه يجوز الحكم عليه اذا تعذر عليه الحضور بل يظهر من بعضهم الاجماع عليه لكنه مشكل بدون اعلامه

ثم لو امتنع عن الحضور من غير عذر جاز الحكم عليه كما انه اذا كان يمكنه الحضور ولم يكن ممتنعاً لا ينبغي الاشكال في عدم جواز الحكم عليه وان لم يعلم امتناعه و عدمه ففيه خلاف فعن جماعة جواز الحكم عليه بل ربما ينسب الى المشهور وعن الشيخ عدم جوازه ومال اليه الاردبيلي وهو الاقوى كما انه لو كان حاضراً في مجلس المرافعة لا يجوز الحكم عليه بعد قيام البينة بدون اعلامه ثم مقتضى الاطلاق عدم الفرق في جواز الحكم على الغايب بين ان يدعى المدعى جحوده عن الحق اولا فما فدي يدعى من اشترط سماع دعويه بادعاء جحوده لا دليل عليه نعم او قال ان الغايب معترف محق يمكن ان يقال بعدم سماع دعويه بناء على اعتبار تحقق المنازعة في سماع الدعوى و مع اعترافه باعتراف المدعى عليه بالحق لا يصدق النزاع والمخاصمة لكنه ايضاً ممنوع لشمول عمومات الحكم بالقسط والعدل والقضاء بالبينات والايمان ثم الظاهر كفاية قيام البينة في الحكم على الغايب وعدم الحاجة الى ضم اليمين لعدم الدليل عليه مع اطلاق الخبرين لكن المحكي عن المشهور الحاجة اليه كما في الدعوى على الميت وسيأتي الكلام معهم في تلك المسئلة ثم مقتضى الخبرين دفع الحق الثابت بالبينة من مال المدعى عليه الى المدعى لكن بكفيل الا اذا كان المدعى ملياً كما هو مقتضى الجمع بين الخبرين ولا يبعد ان يكون المناط حصول الاطمينان بعدم الضرر على المدعى عليه لو حضر واثبت الخلاف وان توقف الدفع على بيع ماله جاز للحاكم بيعه ودفع ثمنه الى المدعى ولا فرق في وجوب اخذ الكفيل بين ما لو قلنا بوجوب الحلف على المدعى منضما الى البينة اولا وربما يقال بعدم الوجوب لو قلنا بوجوب ضم اليمين ولا وجه له ثم انه لا اشكال في ان الغايب على حجته من جرح الشهود ونحوه من عدم اهلية الحاكم اووجود بينة معارضة لبينة المدعى والظاهر جواز اعادة المرافعة برضاهما عند الحاكم الاول اوغيره ولا يكون ذلك نقضاً للحكم الاول لعدم تماميته بعد كون الحجة باقية ثم ان المشهور اختصاص الجواز بحقوق الناس فلا يجوز الحكم على الغايب في حقوق الله تعالى مثل الزنا واللواط ونحوهما بل الظاهر عدم الخلاف فيه للاصل وقاعدة درء الحدود بالشبهة وبناءها على التخفيف ولو اشترك الحق بين الناس وبين الله تعالى كما في السرقة من حيث المال والقطع يثبت في الاول دون الثاني وتردد المحقق في ذلك لانهما معلولا علة واحدة فلا وجه للتبعيض وفيه منع كون العلة في القطع هو

السرقة فقط بل مع ثبوتها بحضور المدعى عليه واما الجواب بان العلل الشرعية معرفات لا انها علل حقيقية ففيه انها بعد الجعل كالعلل العقلية (الكلام في جواب المدعى عليه) وهو اما اقرار او انكار او سكوت وعده جواباً مسامحة حيث انه بمنزلة الانكار او قول لا ادري او قول اديت او رددت او انت ابرأتني او نحو ذلك مما يكون منافياً لدعوى المدعى او قول ليس لي والللازم بيان حكم كل من هذه

﴿ فصل في الجواب بالاقرار ﴾

﴿ مسئلة ١ ﴾ اذا اقر المدعى عليه بالحق عيناً او ديناً وكان جامع لشرايط صحة الاقرار الزم به بعد حكم الحاكم وعن المسالك جواز الزامه به قبل الحكم ايضاً لنفوذ اقرار العقلاء على انفسهم وهذا بخلاف ما اذا ثبت الحق بالبينة فانه لا يلزم الا بعد الحكم والفرق ان البينة منوطة بنظر الحاكم في قبولها او ردها وهو غير معلوم بخلاف الاقرار قيل ويظهر الثمرة في صورة كون الدعوى ظنية او احتمالية فانه يجوز للمدعى المقاصة من ماله مع الاقرار لا مع البينة فانه لا يجوز معها المقاصة الا بعد حكم الحاكم واما في الدعوى الجزمية فتجوز المقاصة ولو مع عدم الاقرار والبينة وقد يقال يظهر الثمرة ايضاً في جواز الزام كل احد له على دفع الحق بعد الاقرار من باب النهي عن المنكر بخلاف البينة فانه لا يجوز الا بعد الحكم وايضاً يجوز حكم حاكم اخر اذا ثبت عنده الاقرار عند الحاكم المترافع اليه بخلاف البينة فانه لا يجوز الحكم بها بمجرد ثبوت قيامها عند حاكم بل لا بد من قيامها عند نفسه وحاصل كلام صاحب المسالك ومن تبعه ان الاقرار حجة مطلقاً بخلاف البينة فان حجيتها موقوفة على حكم الحاكم والتحقيق عدم الفرق بينهما اما من حيث فصل الخصومة فهو موقوف على حكم الحاكم فيهما واما من حيث ثبوت الحق وعدمه وجواز المطالبة والالزام وعدمه فكذلك ايضاً بناء على عموم حجية البينة لكل من قامت عنده او سمع الشهادة منهما اذ على هذا كما انه يجوز لكل من سمع الاقرار مع تحقق شرائطه ان يلزم المقر بالحق كذلك يجوز لكل من سمع شهادة الشاهدين مع علمه بعدالتهما ان يلزم المدعى عليه بما شهدا به وكما ان في البينة اذا اقامت عند الحاكم وكانت معتبرة عنده لا يجوز لمن لم يسمع الشهادة او سمعها ولم يعلم عدالة الشاهدين ان يلزم المدعى عليه بالحق الا بعد حكم الحاكم وكذلك اذا تحقق الاقرار عند الحاكم ولم يسمعه او لم يفهمه شخص لا يجوز له ترتيب

الاثر بمجرد ذلك بل لابد من حكم الحاكم وكان في الدعوى الغير الجزمية يجوز للمدعي المقاصة بعد الاقرار فكذلك بعد البينة بناء على عموم حجيتها فالفرق بينهما انما تحقق على القول الاخر من عدم حجية البينة الا للحاكم فانه لا يثبت الحق الا بعد حكمه وهذا بخلاف الاقرار فان حجيته معلومة لكل احد ولو مع قطع النظر عن قوله اقرار العقلاء على انفسهم جايز لبنائه العقلاء عليه جيبا هذا ويمكن ان يفرق بينهما ولو على القول بعموم حجية البينة بان تحقق الاقرار لا يحتاج الى مؤنة واجتهاد غالبا فان حجيته معلومة ودلالة الالفاظ على الاقرار واضحة غالبا بخلاف البينة فان تحققها يحتاج غالبا الى اجتهادات لا تحصل الا للحاكم والا فمع تحقق البينة العادلة الواضحة بعد عموم حجيتها لا فرق بينها وبين الاقرار كما انه اذا كان تحقق الاقرار وعدمه موقوفا على بعض الاجتهادات كما في بعض الاقرارات يكون حاله حال البينة في عدم جواز الالزام معه الا بعد الحكم والظاهر ان نظر صاحب المسالك في الفرق ايضا الى الغالب وان كان المراد ان الثبوت عند الحاكم اذا كان بالاقرار يترتب عليه الاثر ويجوز معه الالزام بالحق في ظاهر الشرع لكل من اطلع عليه وان لم يكن سمع الاقرار غاية الامر ان الفصل لا يحصل الا بالحكم وقبله يجوز للمدعي غليه وغيره نقضه بخلاف ما اذا كان بالبينة المقبولة المعتبرة فانه لا يجوز ترتيب الاثر عليها لمن لم يسمع الشهادة الا بعد الحكم ففيه ايضا منع الفرق بعد فرض كون البينة معتبرة مقبولة عند الحاكم بحيث لم يبق له حالة منتظرة لجواز الحكم معها فانه يجوز لكل من اطلع على الثبوت عند الحاكم ترتيب الاثر على ما يظهر من بعضهم ارساله ارسال المسلمات لكنه مشكل لقوة احتمال التوقف على الحكم في الصورتين ﴿ مسئلة ٢ ﴾ بعد الاقرار الجامع لشرايطه وسؤال المدعي للحكم وتوقف وصول حقه اليه يجب عليه الحكم على الحاكم بل قيل ظاهرهم عدم الخلاف في وجوبه بعد سؤال المدعي مطلقا ولو مع عدم التوقف وهو مشكل بناء على كفاية الاقرار في ثبوت الحق وجواز المطالبة وكون فائدة الحكم تحقق الفصل (نعم) اذا قلنا بعدم كفاية الاقرار في جواز المطالبة وتوقفه على الحكم هو كذلك بل لا ينبغي التأمل في وجوبه حينئذ وهل يجوز الحكم قبل سؤال المدعي اولا قولان يظهر من جماعة جوازه وعن المبسوط عدمه وتوقفه على السؤال والاقوى الاول لان مقتضى الادلة بعد الرجوع الى الحاكم للمرافعة جواز تصديه لها بجميع

كيفياتها من دون حاجة الى السؤال عن المدعي او المدعى عليه ومن هنا نقول الاقوى جواز مطالبة الجواب من المدعى عليه بعد بيان المدعي دعويه وعدم توقفه على مطالبة المدعي كما قد يقال مع ان شهادة حال المدعي موجودة في المقامين وهي كافية على فرض الحاجة الى سؤاله نعم لو ظهر منه عدم الرضا بالحكم او منع عنه لغرض من الاغراض لم يجز للحاكم ان يحكم واذا حكم يشكل صحته وترتب الآثار عليه ﴿ مسئلة ٣ ﴾ الحكم انشاء الالزام بشيء من مال او عقد او ايقاع او انشاء اثبات امر كما في الحكم بالهلال ونحوه ولا يعتبر فيه لفظ خاص بل يكفي فيه كل ما دل على ذلك كحكمت وقضيت والزمت وانفذت وادفع اليه ماله بل يكفي فيه قوله ثبت عندي كذا اذا قصد به الانشاء ولا يكفي اذا قصد به الاخبار كما ان حكمت ايضاً اذا قصد به الاخبار لا يكفي بل يكفي فيه الفعل الدال اذا قصد به الانشاء كما اذا امر ببيع مال المحكوم عليه او اخذ ماله ودفعه الى المحكوم له (مسئلة ٤) في وجوب كتابة الحكم واعطائه بيد المحكوم له وعدمه قولان استند الى الاشهر الاول والاقوى الثاني الا اذا توقف وصول حقه اليه عليه وحينئذ فالظاهر عدم جواز اخذ الاجرة عليه كاصل الحكم لانه من تتمته ولا يجوز اخذ الاجرة عليه لان المستفاد من الادلة ارادة الشارع له مجاناً نعم الظاهر جواز اخذ قيمة المداد والقرطاس ولا وجه لما في المستند من عدم جواز اخذها ايضاً لان اعداد ما يتوقف عليه الكتابة الواجبة يكون مثلها في توقف الواجب عليه فيكون واجباً ولا يجوز اخذ الاجرة على الواجب لانا نقول لا دليل على عدم جواز اخذ الاجرة على الواجب الا الاجماع في الجملة والقدر المتيقن منه غير مثل المقام والادعوى استفادة المجانية من دليل الوجوب وهذه الدعوى يمكن تسليمها في اصل الحكم واصل الكتابة في الصورة المذكورة واما بالنسبة الى مثل المداد والقرطاس الذي هو من بذل المال فلا فالكتابة نظير تكفين الميت حيث انه واجب بشرط وجود الكفن ولا يلزم دفع الكفن على من وجب عليه التكفين ثم اللازم في الكتابة ذكر اسم المحكوم عليه ونسبه على وجه يتميز عن غيره بحيث لا يكون معرضاً للتدليس والاشتباه بغيره او يكتب حليته كذلك لذلك (مسئلة ٤) اذا كان المقر المحكوم عليه واجداً للمال الزم به وان امتنع اجبر عليه وان ماطل واصر على الامتناع جازت عقوبته بالتغليظ في القول ورفع الصوت عليه والشتم بمثل قوله يا ظالم يا فاسق

كل بالحبس والضرب حسب مراتب الامر بالمعروف والنهى عن المنكر الاهون فالاهون لقوله عَ لى الواجد يحل عقوبته وعرضه وقوله عَ فى موثقة عمار كان امير المؤمنين عَ يحبس الرجل اذا التوى على غرمائه ثم يأمر فيقسم ماله بينهم بالحصص فان أبى باعه فيقسم بينهم وقوله عَ فى رواية غياث ان علياً عَ كان يحبس فى الدين فاذا تبين له افلاس وحاجة يخلى سبيله حتى يستفيد مالا وقوله عَ فى خبره الاخر ان علياً عَ كان يحبس الرجل اذا التوى على غرمائه والاخبار الواردة فى الامر بالمعروف والنهى عن المنكر كقوله عَ فى خبر جابر الطويل فانكروا بقلوبكم والفظوا بالسنتكم وصكوا بها جباههم وقوله عَ فى مرسلة يب قد حق لى ان اخذ البرئ منكم بالسقيم وكيف لا يحق لى ذلك وانتم يبلغكم عن الرجل منكم القبيح ولا تنكرون عليه ولا تهجرونه ولا تؤذونه حتى يتركه وظاهر الخبر الاول جواز ذلك كله للمحكوم له كما يجوز للحاكم وقد يقال بجواز ماعدى الحبس منها واختصاصه بالحاكم لانه كالتعزير من وظايفه دون غيره وذهب صاحب المستند الى اختصاص الجميع بالحاكم بدعوى ان الاصل عدم جواز هذه الاعمال والقدر المتيقن الرخصة للحاكم مع ان غيره لا يعلم القدر الجايز فربما يتعدى عن الحق والاخبار المذكورة لا تكفى فى الخروج من الاصل فان الاول منها مجمل اذ لم يبين ان العقوبة على من تحل واخبار الحبس مخصصة بالامام عَ واخبار الامر بالمعروف وان كانت عامة الا انها مختصة بمثل خبر مسعدة بن صدقة سئل عن الامر بالمعروف والنهى من المنكر أواجب هو على الامة جميعاً فقال عَ لا فقيل ولم فقال انما هو على القوى المطاع العالم بالمعروف عن المنكر لا على الضعفة الذين لا يهتدون سبيلا الى ان قال والدليل على ذلك كتاب الله عز وجل ولتكن منكم امة يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر فهذا خاص غير عام الحديث قلت والاقوى جواز ماعدى الحبس للمحكوم له بل ولغيره من باب الامر بالمعروف واجمال الخبر الاول مم بل الظاهر منه جواز العقوبة لصاحب الحق او مطلقاً وقوله تع لا يحب الله الجهر بالسوء من القول الا من ظلم ظاهر فى اختصاص التغليظ فى القول بمن ظلم فلا ينبغى الاشكال فى جوازه للمحكوم له وتخصيص اخبار الامر بالمعروف بخبر مسعدة ممكن بل الظاهر منه جواز الامر بالمعروف بمراتبه لكل

قوى معطاع عالم وان لم يكن مجتهداً بل يمكن ان يقال بجواز الحبس ايضاً لغير الحاكم ولا يضر كون مورد الاخبار حبس الامام لان ظ نقل فعل الامام يدل على ان الحكم الشرعي فيه ذلك لكن الاحوط اختصاصه بالحاكم لم يجوز له الاذن لغيره بمباشرته واللازم على المأذون الاقتصار في كيفيته على مقدار الاذن (مسئلة ٥) كما يجوز حبس المماطل كذا يجوز للحاكم ان يأخذ من ماله ويؤديه للمحكوم له اذا كان عنده من جنس ما عليه ويجوز بيع ماله واداء ما عليه من ثمنه اذا لم يكن عنده من جنسه وحينئذ فان لم يتمكن الا من احدهما تعين وان تمكن من كل منهما فهل يقدم الاول لانه من تتمة الاجبار اللازم تقديمه على التصرف في ماله او الثاني لان اداء ما عليه واجب على اى حال فهو مما لا بد منه والحبس عقوبة زائدة فاذا امتنع من ادائه يتصداه الحاكم من ماله او التخيير بينهما لعدم صلاحية الوجهين للتقديم مع كون كل منهما خلاف الاصل وفي عرض واحد فيتخير بينهما بعد ثبوت جوازهما في الجملة وهذا هو الاقوى كما اختاره المحقق في المقام وفي باب الفلس في الشرايع وفي الرهن الذي هو نظير ما نحن فيه ﴿ مسئلة ٦ ﴾ اذا كان المدعى به عيناً موجودة لزم ردها بعد الاقرار والحكم من غير قيد واما اذا كان ديناً في الذمة فانه يلزم بادائه اذا كان عنده ما يزيد على مستثنيات الدين

﴿ مسئلة ٧ ﴾

مقتضى الاية والاخبار الدالة على الحبس ان الاعسار شرط في وجوب الانظار لا ان يكون الايسار شرطاً في جواز الاجبار والحبس فاذا لم يتبين كونه معسراً يجوز اجباره وحبسه وان لم يثبت كونه موسراً ايضاً ومع قطع النظر عن الاية والاخبار نقول ان العجز مانع عن وجوب الاداء وجواز المطالبة لا ان تكون القدرة شرطاً فيهما وعلى فرض كون القدرة شرطاً ليست شرطيتها على حد ساير الشرائط بحيث لو شك في تحققها بنى على عدم وجوب الاداء وعدم جواز المطالبة فمع شك المديون في انه قادر على الاداء اولا يجب عليه السعي حتى يتبين عجزه كما في ساير التكاليف واذا شك الديان في ان المديون قادر على الاداء اولا جاز له المطالبة والاجبار حتى يعلم عجزه (مسئلة ٨) اذا علم اعسار المحكوم عليه او ايساره فلا اشكال في لحوق حكم كل منهما عليه واذا لم يعلم الحال وادعى الاعسار فاما ان يكون مسبوقا بالاعسار او الايسار او لا يعلم حاله السابق او يكون قد توارد عليه الحالان ولم يعلم حاله فعلا فان ايهما فعلى الاول ان صدقه

المحكوم له فهو وان كذبه فان كان له بينة على كونه موسرا جرى عليه حكمه من الاجبار والحبس والا فيستحلف المحكوم عليه فان حلف انظر وان نكل حبس حتى يثبت اعساره لا للحكم بالنكول بل لما مر من ان الانظار معلق على الاعسار ولم يثبت وان رد اليمين على المحكوم له فحلف جرى حكم الايسار وان نكل فان قلنا بالحكم بالنكول سقط حقه وان قلنا بعدم الحكم به فالظاهر جريان حكم الايسار لما مر وهل يكفي اقامة المحكوم عليه البينة على اعساره عن حلفه الظاهر ذلك كما عن كره الجزم به لكن استشكل صاحب الجواهر في قبولها بناء على عدم قبول البينة من المنكر وعلى الثاني وهو ما اذا كان مسبوقاً باليسار بان كان له مال معهود سابقاً او كان اصل الدعوى مالاً كالقرض ونحوه وادعى تلف ذلك المال وانه معسر فعلا فان كان له بينة على ذلك انظر والا فالمحكي عن الاكثر انه يحبس حتى يثبت اعساره وعن كره وتبعه بعض انه يحلف المحكوم له على بقاء ماله فيحبس لعموم ما دل على وجوب الحلف على المنكر ولازمه ترتب ساير احكامه من جواز رده ومن الحكم بالنكول او عدمه والاقوى ما ذكره الاكثر لما مر من ظهور الاخبار في الحبس حتى يتبين اعساره وانه يكفي في جوازه عدم تحقق الاعسار وهي مخصصة لعمومات الحلف على المنكر ولا وجه لما في المستند من ان النسبة بين هذه الاخبار وتلك العمومات عموم من وجه لاختصاص هذه الاخبار بالدين وعمومها بالنسبة الى كون المدعى عليه منكراً جازماً بعدم التلف او غير منكر بان يقول لا ادري وعموم تلك الاخبار بالنسبة الى الدين وغيره واختصاصها بصورة الانكار فيتعارضان في مورد الاجتماع وهو الدين مع الانكار ومقتضى القاعدة التخيير بين العمل بهذه او بتلك وان الاحوط الاحلاف ثم الحبس لانا نمنع جريان حكم العموم من وجه بينهما بل الظاهر كون هذه الاخبار اخص من تلك العمومات اذ لا يمكن تخصيص هذه بما عدا صورة الانكار ولا تخصيص تلك العمومات بما عدا الدين فلا وجه للتخيير المذكور نعم الاحوط الاحلاف ثم الحبس خروجاً عن الخلاف و الا فالاقوى العمل بهذه الاخبار ثم لا فرق في البينة بان تشهد بتلف ما كان عنده من المال او بالاعسار مطلقاً من غير تعرض لتلف امواله في كفايتها في اثبات الاعسار من غير اشتراط كونها مطلعة على باطن امره ومن

دون حاجة الى ضم اليمين اليها لكن عن الاكثر انها لو شهدت بتلف امواله قضى بها من غير شرط ومن غير حاجة الى ضم اليمين لانها بينة اثبات فيشملها جميع مادل على حجية البينة واما لو شهدت بالاعسار من غير تعرض لتلف امواله لم تقبل الا اذا كانت مطلعة على باطن اموره بالصحبة المتأكدة وتحتاج مع ذلك الى ضم اليمين لانها بينة نفي وهي ليست بحجة وفيه انه لا دليل على اشتراط الاطلاع على باطن الامر في حجية البينة في المقام كما في ساير المقامات ونمنع عدم حجية بينة النفي اذا كان كلامهم ظاهراً في الاطلاع على الاستفاء لا للاعتماد على الاصل فشهادة البينة بالاعسار ظاهرة في الجزم به وعدالتهم تمنع عن اظهار الجزم بالنفي مع كونهم معتمدين على الاصل مع ان الاعسار وان كان امراً عدمياً الا ان له جهة وجود لظيرا الفقر ولم يعتبروا في الشهادة بالفقر الاطلاع على باطن امره هذا مع ان الشهادة بالتلف ايضاً يمكن ان تكون مبنية على الغفلة عن مال آخر غير ماهو معهود عندهم اوعلى اصالة عدم غيره وايضاً البينة ان كانت حجة فلا وجه لضم اليمين بل هي كافية في غير الدعوى على الميت بالدليل الخاص وان لم تكن حجة فلا محل لليمين لانه ليس وظيفة المدعي واما توجيه صاحب هـ لكلام الجماعة بما حاصله ان بينة الاعسار بينة نفي لرجوعها الى عدم الملك المحتمل ان يكون للاعتماد على الاصل المفروض انقطاعه بالعلم بمال له في السابق و ان يكون من جهة الاطلاع على التلف ومع الصحبة المتأكدة يقوى الاحتمال الثاني فيقوى جانب الاعسار ويكون بمنزلة الظاهر فيكون قول مدعي الاعسار موافقاً للظاهر ويكون منكراً لقوة جانبه بالظهور فضم اليمين حينئذ من هذه الجهة اذ هي تتبع من قوي جانبه بالاصل او الظاهر لا ان يكون مدعياً ومع ذلك يحتاج الى اليمين كما في اليمين الاستظهاري في الدعوى على الميت فهذا هو الفارق بين بينة التلف و بينة الاعسار ففيه مالا يخفى ثم انه قد ظهر مما ذكرنا ان بينة الاعسار اولى بعدم الحاجة الى ضم اليمين من بينة التلف ولذا حكي عن التذكرة عكس ما ذكره الاكثر فاثبت اليمين في بينة التلف دون بينة الاعسار والاقوى عدم الحاجة الى اليمين في كليتهما كما ذكرنا وقد حكي ذلك عن موضع آخر من التذكرة لكنه علله بان فيه تكذيبا للشهود ولقوله ص البينة للمدعي واليمين على من انكر فان التفصيل قاطع للشركة وعلى الثالث وهو ما اذا لم يعلم الحال السابق اوعلم توارد الحالين ولم يعلم

المتأخر فيقتضي القاعدة والاخبار جواز الحبس حتى يتبين الحال ﴿ مسئلة ٩ ﴾ الظاهر عدم الفرق في الحبس بين الرجل والمرئة فاذا كان المحكوم عليه امرئة وكانت مماطلة تحبس ايضاً كالرجل وكذا في ساير موارد الحبس (مسئلة ١٠) يظهر من خبر الحسين بن ابي العلاء عدم جواز حبس الوالد لدين الولد كما عن التذكره وجامع المقاصد وقواه في الجواهر قال قلت لابي عبدالله ع ما يحل للرجل من مال ولده قال ع قوته بغير سرف اذا اضطر اليه قال فقلت له قول رسول الله ص للرجل الذي اتاه فقدم اباه فقال له انت ومالك لابيك فقال ع انما جاء بابيه الى النبي ص فقال يارسول الله هذا ابي ظلمني ميراثي من امي فاخبره الاب انه قد انفقه عليه وعلى نفسه فقال النبي ص انت ومالك لابيك ولم يكن عند الرجل اوكان رسول الله ص يحبس الاب للابن ويؤيده ساير الاخبار الدالة على ان الولد وماله لابيه لكن عن القواعد جواز حبسه لدين ولده ولعله لضعف الخبر سنداو دلالة ﴿ مسئلة ١١ ﴾ اذا كان المديون مريضاً يضره الحبس يشكل جواز حبسه كما انه لو كان له مانع آخر كما اذا كان اجيراً للغير اوكان عليه واجب يكون الحبس منافياله (مسئلة ١٢) الظاهر ان مؤنة الحبس من بيت المال واذا لم يكن فعلى المحبوس ويحتمل كونها على المحكوم له (مسئلة ١٣) اذا ثبت اعسار المديون فالمشهور انه ينظر ويخلى سبيله حتى يحصل له مال فلا يجوز اجارته ولا استعماله بل عن ابن زهره وادريس الاجماع على عدم جواز دفعه الى الغرماء ليستعملوه وظاهرهم عدم جواز الزامه بالتكسب وعدم وجوبه عليه بل عن المبسوط انه لاخلاف في انه لا يجب عليه قبول الهبات والوصايا والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد والاغتنام بل عن بعضهم ارسال عدم وجوب التكسب عليه ارسال المسلمات ولازم ماذكروه كون وجوب اداء الدين مشروطاً لا مطلقاً نظير وجوب الحج المشروط بالاستطاعة وعن الشيخ في النهاية انه يسلم الى الغرماء ليؤجروه او يستعملوه ويستوفوا حقهم وعن ابن حمزه انه ان كان مكتسباً امر بالاكتساب والانفاق المعروف على نفسه وعياله وصرف الفاضل في وجه دينه وان كان غير مكتسب خلى سبيله حتى يجد وذهب جماعة الى وجوب التكسب عليه مع تمكنه من غير حرج وان لم يكن ذا حرفة ولازمه جواز الزامه واجباره على العمل اذا كان متوالياً بل قد يصل الى حد يجوز اجارته واستعماله اذا لم يكن بعنه

على العمل الا بهذا الوجه فالغريم وان لم يكن مسلطاً على منافعه وليست حقاله الا انه من حيث استحقاقه للمطالبة مع فرض تمكنه لاداء حقه قد يجوز له اجارته او استعماله باذن الحاكم اذا لم يمكن استيفاء حقه منه الا على هذا الوجه وهذا هو الاقوى لان اداء الدين واجب فيجب مقدمته بل مع قدرته على الاكتساب لا يعد معسراً ولذا لا يجوز دفع الزكوة الى من يقدر على التكسب نعم اذا كان الاكتساب حرجاً عليه من حيث هو او من حيث منافاته لشأنه اوكان الكسب الذى يمكن منه لايليق بشأنه بحيث يكون تحمله حرجاً عليه لم يجب كما ان الظاهر عدم الوجوب بما لا يعد اكتساباً كما اذا تمكنت المرئة من التزويج واخذ المهر او الرجل من طلاق امرأته خلعاً او اخذ الفديه اوطلاق زوجته لدفع النفقة اونحو ذلك من الاكتسابات الغير المتعارفة التى لا يعد القادر عليها متمكناً من الاكتساب عرفاً وبالجملة فحال اداء الدين حال نفقة العيال فى وجوب التكسب لاجلها مع التمكن وكذا ساير التكاليف الموقوفة على المال اذا كان وجوبها مطلقا واستدل للمشهور بالاية وان كاذو عسرة فنظرة الى ميسرة وفيه ان وجوب الانظار لا ينافى وجوب التكسب عليه فالمراد ترك المطالبة حال تعسر الاداء مع ان المتمكن من الاداء بالكسب لا يعد من ذى عسره وبخبر غياث ان علياً ع كان يحبس الرجل فاذا تبين له افلاسه وحاجته خلى سبيله حتى يستفيد مالاً وفيه امكان دعوى انه على خلاف مطلوبهم ادل بدعوى كون الظاهر ان حتى تعليلية وعلى فرض عدم ظهوره فى ذلك و احتمال كونه للغاية لا يكون دليلاً لتعارض الاحتمالين مع انه على فرض ظهوره فى الغاية لا دلالة فيه على عدم وجوب التكسب وبالمرسل ان امرأة استعدت على زوجها عند امير المؤمنين عليه السلام انه لا ينفق عليها وكان زوجها معسراً فابى ان يحبسه وقال ان مع العسر يسراً ولم يأمره بالتكسب وفيه انه قضية فى واقعة فلعله ع علم انه عاجز عن التكسب وبالنبوى العامى انه ص لما حجر على معاذ لم يزد على بيع ماله وفى اخر ان رجلاً اصيب فى ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال النبى ص تصدقوا عليه فتصدقوا عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال ص خذوا ما وجدتم ليس لكم الا ذلك وفيهما انهما قضيتان فى واقعة مع انه لا دلالة فيهما على عدم وجوب التكسب وبما فى وصية الصادق ع الطويلة التى كتبها لاصحابه اياكم واعسار احد من اخوانكم المسلمين ان تعسروه بشيء يكون

لكم قبله وهو معسر فان ابانا رسول الله ص كان يقول ليس لمسلم ان يعسر مسلماً ومن انظر معسراً اظله الله يوم القيمة يوم لا ظل الا ظله وفي مرسل عبد الله بن سنان عن النبي ص لا يحل لغريمك ان يعطلك وهو موسر فكذلك لا يحل لك ان تعسره اذا علمت تعسره ولا دلالة فيهما كما لا يخفى واما خبر السكوني ان علياً ع كان يحبس في الدين ثم ينظر فان كان له مال اعطى الغرماء وان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول لهم اصنعوا به ما شئتم ان شئتم فآجروه وان شئتم فاستعملوه فنزل على ما يتوقف الاستيفاء منه على ذلك كما اشرنا اليه واما الاخبار الدالة على ان الامام ع يقضي دين المديونين من سهم الغارمين خصوصاً ما اشتمل منها على ان الانظار قدر ما ينتهي خبره الى الامام ع فمحمولة على المديون الذي لا يتمكن من اداء دينه بالتكسب ونحوه

الفصل الرابع فيما اذا اجاب المدعى عليه بالانكار

ليعلم اولاً ان الفاصل بين الخصومات مع عدم اقرار المدعى عليه وعدم علم الحاكم انما هو البينة واليمين كما في جملة من الاخبار منها صحيحة سعد وهشام قال رسول الله ص انما اقضي بينكم بالبينات والايمان وهذه الاخبار مجملة من حيث اعتبار ضمهما معاً او كفاية احدهما لاحدهما ايهما كان او كل منهما المعين لكن يستفاد من جملة اخرى ان البينة وظيفة المدعي واليمين وظيفة المدعى عليه منها صحيحة العجلي الحقوق كلها البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه الا في الدم خاصة ومقتضى التفصيل القاطع للشركة انه لا يشترط ضم اليمين الى البينة بمقتضى القاعدة الا اذا كان هناك دليل خاص كما في الدعوى على الميت وانه لا يقبل من المدعي اليمين من غير رضى المدعى عليه بل وكذا لا يقبل من المنكر البينة وظاهر العلماء ايضاً عدم قبولها منه لانها بينة نفي وهي غير مقبولة لكن يمكن ان يقال بناء على عموم حجية البينة بل الذي يقتضيه اطلاق الاخبار الدالة على ان الفاصل هو البينة واليمين انه لا مانع من كفاية البينة للمنكر ايضاً اذا شهدت بالنفي على وجه الجزم لا بالاعتماد على اصل العدم واصل البرائة كما اذا ادعى على احد انه اتلف ماله المعين الفلاني وهو انكر واقام بينة على النفي فشهدت به لاطلاعها على ان المتلف غيره وان كان المنكر لا يدعي ذلك لجهله بالحال فاذا شهدت البينة بانه لم يتلف لا مانع من سماعها وان كانت من بينة النفي واذا ضمت الى قولها لم يتلف قولها ان المتلف فلان فاولى

ولعلنا نتعرض للمسئلة بعد هذا اذا عثرنا على من تعرض لها ثم ان هذا الحكم جار في جميع الدعاوي سواء كانت متعلقة بالمال عيناً او ديناً او بغيره من العقود والايقاعات كالنكاح والطلاق والعتق وغيرها نعم لا يجري حكم اليمين في الحدود والظاهر عدم الخلاف فيه لقوله صلعم لا يمين في حد وسيأتي التعرض له ﴿ مسئلة ١ ﴾ اذا اجاب بالانكار وجب على الحاكم اذا لم يعلم المدعي ان عليه البينة ان يعرفه بذلك ثم يقول الك بينة فان لم تكن عنده وجب ان يقول لك حق الحلف اذا لم يعلم بذلك وحينئذ فان التمس منه الاحلاف احلفه (مسئلة ٢) لا يجوز للحاكم ان يحلفه من دون سؤال المدعي وكذا لا يجوز تبرع المنكر به قبل سؤاله بلا خلاف بل بالاجماع على الظاهر لانه حقه فيستوقف على مطالبته وربما يتعلق غرضه بان لا يحلفه توقعاً لوجود شهود او ارتداع المنكر عن انكاره او طي الدعوى بالصلح او نحو ذلك ويمكن ان يستدل عليه بصحيحة ابن ابي يعفور اذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف ان لا حق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعي وبما اشتمل من الاخبار على قوله استحلفه فانه ظاهر في انه متوقف على استحلاف المدعي فلو احلفه الحاكم او تبرع به المنكر قبل سؤاله لم يعتد به ويجب على الحاكم اعادته بعد سؤاله وكذا لا يعتد باحلاف المدعي من دون اذن الحاكم بلا خلاف لاصالة عدم ترتب الاثر ولانه المعهود المنصرف اليه الاخبار وللاخبار المشتملة على قوله واضفهم الى اسمي كخبر محمد بن قيس ان نبياً من الانبياء شكى الى ربه كيف اقضي بامور لم اخبر بيانها قال فقال ردهم الي واضفهم الى اسمي يحلفون به ونحوه مرسلة ابان وصحيحة سليمان بن خالد والحاصل انه يمكن ان يستظهر من الاخبار ان ذلك من وظائف الحاكم ومع قطع النظر عن ذلك ففي الاجماع والاصل كفاية ﴿ مسئلة ٣ ﴾ اذا لم يكن للمدعي بينة واستحلف المنكر فاما ان يحلف او يرد او ينكل فان حلف سقطت الدعوى في ظاهر الشرع لكن لا يبرء من الحق لو كان كاذباً فيجب عليه التخلص من حق المدعي وعلى ذلك فليس للمدعي بعد الحلف مطالبة حقه ولا مقاصته ولا يجوز له الدعوى ولا تسمع دعويه بالاجماع والنصوص ففي ذيل صحيحة ابن ابي يعفور المتقدمة بعد قوله فلا حق له قلت وان كان له بينة عادلة قال نعم فان اقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له حق وكانت اليمين قد ابطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه عليه قال رسول الله ص

من حلف لكم بالله فصدقوه ومن سئلكم بالله فاعطوه وذهبت اليمين بحق المدعى ولادعوى له وفي خبر خضر بن عمرو في الرجل يكون له على الرجل المال فيجحد قال ان استحلفه فليس له ان يأخذ منه شيئاً وفي خبر البصري عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلا يكون له بينة بماله قال فيمين المدعى عليه فان حلف فلا حق له وان رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له وفي مرسل عبد الحميد في الرجل يكون له على الرجل المال فيجحده اياه فيحلف له يمين صبر اله عليه شيء قال لاليس له ان يطلب منه وفي صحيحة سليمان بن خالد عن رجل وقع لي عنده مال وكابرني عليه وحلف ثم وقع له عندي مال فاخذه لمكان مالي الذي اخذه واجحده واحلف عليه كما صنع فقال ان خانك فلا تخنه ولا تدخل فيما عبته عليه وفي خبر عبدالله بن وضاح في قضية اليهودي الذي خانه في الف درهم وحلف عند الوالي ثم وقع منه ارباح عنده فاراد ان يقتص منه وكتب الى ابي الحسن ع يسئله عن ذلك فكتب لاتأخذ منه شيئاً ان كان ظلمك فلا تظلمه ولولا انك رضيت بيمينه فحلفته لامرتك ان تأخذه مما تحت يدك ولكنك رضيت بيمينه لقد مضت اليمين بما فيها ومقتضى اطلاق الاخبار المذكورة بل صراحة خبر ابن ابي يعفور عدم الفرق بين ان يكون له بينة بعد الحلف اولا وكذا مقتضى اطلاقها عدم الفرق بين ان يشترط الحالف سقوط الحق باليمين اولا وبين ان يكون الاحلاف من المدعى لعدم علمه بالبينة او نسيانه وبين علمه ورضاه باليمين مطلقاً فما عن موضع من المبسوط من سماعها مطلقاً مع البينة وعن المفيد والديلمي والقاضي وابن حمزة من السماع مع عدم شرط الحالف سقوط الحق بالحلف وعن جماعة من التفصيل بين صورة عدم علمه بالبينة او نسيانه وبين صورة علمه ورضاه مطلقاً لا وجه لها ثم الظاهر كما نسب الى ظاهرهم عدم الفرق في سقوط الحق باليمين بين كون الدعوى عيناً او ديناً فلو ادعى عليه عيناً في يده ولم يكن له بينة فاستحلفه فحلف لم يجز له التصرف في تلك العين في الظاهر وان كانت باقية على ملكه فليس له ان يبيعها او يهبها من غيره او ان يأذن لغيره ان يتصرف فيها واما دعوى غير المال كالعقود والايقاعات الغير المتعلقة بالمال والتي لم يكن الغرض من النزاع فيها المال ففي سقوط حق المدعى فيها باليمين من المنكر بحيث لاتسمع الدعوى منه بالبينة فمشكل لان الظاهر من الاخبار

الدعاوى المتعلقة بالمال بل وبما يدعي اختصاصها بالدين وان كان اطلاق الاخبار بل ظهور بعضها في العين يرده ثم لا يجوز لكل من علم بكذب المنكر في حلفه ان يرتب آثار الملكية على ما حلف عليه بل يجب عليهم النهي عن المنكر والامر بالخروج عن حق المدعي ثم ان القدر المتيقن من سقوط حق المدعي هو عدم جواز المطالبة وعدم جواز المقاصة وعدم سماع الدعوى منه بعد الحلف ونحو ذلك مما يعد معارضة للمنكر كبيع العين او هبتها من غيره وبيع الدين او صلحه من الغير واما ما لا يعد معارضة له كابرائه من الدين او عتق العبد او احتساب ما عليه خمساً او زكوة او مظالم اذا كان من اهلها فلا مانع منه اذ الاطلاقات منصرفة عنه ثم لا فرق بين كون الحالف معتقداً بكونه على خلاف الواقع وكونه متعمداً في الكذب كما لا فرق بين كون المستحلف المالك او وكيله او وليه ويجوز للموكل والمولى عليه ترتيب آثار الملكية في المحلوف عليه ووارث المدعي كنفسه في عدم جواز المطالبة والمقاصة كما ان وارث الحالف كنفسه في وجوب التخلص عن حق المدعي اذا علم بكذبه في الحلف (مسئلة ٤) اذا تبين للحاكم كون الحلف كذباً فالظاهر جواز نقض الحكم له فيجوز للمدعي المطالبة والمقاصة وغيرها من آثار كونه محقاً (مسئلة ٥) اذا رد المنكر اليمين على المدعي فحلف هل يكون كحلف المنكر في كونه مسقطاً للحق بالنسبة الى المنكر بان لا يجوز له المقاصة ونحوها على تقدير كونه كاذباً اولا وجهان من اختصاص الاخبار بحلف المنكر ومن ظهورها في كون سقوط الحق لاجل الرضا باليمين (مسئلة ٦) الظاهر اختصاص الحلف المسقط للحق بما اذا كان باستحلاف الحاكم وفي المرافعة و اما اذا استحلفه المدعي من دون مرافعة فلا يكون كذلك وان كانت الاخبار مطلقة والاحوط التعميم بل يستفاد من خبر عبد الله بن وضاح المتقدم عدم اعتبار كون الحلف عند الحاكم الشرعي لكونه عند الوالي (مسئلة ٧) يجوز للمدعي شراء العين المحلوف عليها من الحالف والتصرف فيها بعده في ظاهر الشرع وان كان الشراء باطلاً لان المفروض انها باقية على ملكه وكذا يجوز له اتهابها منه بل الظاهر جواز التصرف فيها باذنه ورضاه وان كان اذنه بعنوان اتهاله وهكذا نحو ذلك مما لا يعد معارضة له (مسئلة ٨) اذا اكذب الحالف نفسه واعترف بان الحق للمدعي

جازله التصرف والمطالبة والمقاصة ونحوذلك من آثار الملكية سواءكان ذلك من الحالف لتنبهه بعد الحلف ان الحق كان للمدعى اولتوبته اوغيرذلك والظاهر عدم الخلاف فيه بل عن جماعة الاجماع عليه لانصراف الاخبار الدالة على سقوط حقه عن هذه الصورة ولقاعدة الاقرار ويدل عليه الخبر انى كنت استودعت رجلا مالا فجحدنيه فحلف لى ثم انه جاءه بعد ذلك بسنين بالمال الذى كنت استودعته اياه فقال هذامالك فخذه وهذه اربعة آلاف ربحتها فى مالك فهى لك مع مالك واجعلنى فى حل فاخذت منه وأبيت ان اخذ الربح منه واوقفت المال الذى كنت استودعته حتى استطلع رأيك فما ترى قال فقال ع خذ نصف الربح واعطه النصف وحلله لان هذا رجل تائب والظاهر ان رد نصف الربح من باب الاستحباب لا الوجوب وان كان يظهر من الرضوى ع ذلك حيث ان فيه واذا اعطيت رجلاً مالا فجحدك وحلف عليه ثم اتاك بالمال بعد مدة وبما ربح فيه وندم على ما كان منه فخذ منه راس مالك ونصف الربح ورد عليه نصف الربح هذا رجل تائب وكيف كان فلا اشكال ﴿ مسئلة ٩ ﴾ الظاهر ان يمين المنكر عند عدم البينة حق للمدعى عليه لاان يكون حكماً شرعياً وحينئذ فله ابرائه منه واسقاطه واذا اسقطه فكانه حلف فعلى الحاكم ان يحكم ببرائته من الحق فى الظاهر وليس له استيناف الدعوى ومطالبة حلفه نعم لوكانت له بينة تسمع دعواه قاعن التحرير وعدم واختاره صاحب المستند من جواز استيناف الدعوى لان الحق الواقعى على فرضه لايسقط بهذ الابراء والاسقاط فله استيناف الدعوى ومطالبة الحلف لان هذه دعوى مغايرة للتى ابرءه من اليمين فيها لاوجه له لان الحق الواقعى وان كان لايسقط بهذا الاسقاط الا انه محكوم بالعدم فى الظاهر كالوحلف فانه ايضاً لايسقط الحق الواقعى وانما يحكم بسقوطه فى ظاهر الشرع فكما لايجوزله استيناف الدعوى بعد الحلف فكذا بعدما هو بمنزلته (مسئلة ١٠) ظاهر كلماتهم ان حلف المنكر وان كان بامر الحاكم لايكفى فى الحكم بسقوط الدعوى بل يحتاج الى حكمه بالبرائة فلومات قبل ان يحكم فهو كالومات بعد اقامة المدعى للبينة قبل ان يحكم لكن يمكن ان يقال ان الظاهر من الاخبار ان لليمين خصوصيه وهى كونها موجبة للبرائة وعدم جواز الدعوى والمطالبة بعدها غاية الامر ان اللازم

كونها بأمر الحاكم لا بمجرد طلب المدعى ففرق بين البينة واليمين بل عرفت سابقاً احتمال كون الاقرار من المنكر ايضاً كذلك اى عدم الحاجة معه الى انشاء الحكم من الحاكم فلو مات الحاكم بعده وقبل الحكم لم يحتج الى شيء بخلاف البينة وقد يحتمل كفاية الثبوت حتى فى البينة وعدم الحاجة الى انشاء الحكم من الحاكم وكون المراد من الحكم هو الثبوت عنده فيكفى اخباره به والانصاف انه ليس كل البعيد ان لم يكن الاجماع على خلافه قال فى الجواهر ثم انه قد يتوهم من ظاهر النصوص سقوط الدعوى بمجرد حصول اليمين من المنكر من غير حاجة الى انشاء حكم من الحاكم بذلك لكن التحقيق خلافه ضرورة كون المراد من هذه النصوص وما شابهها تعليم ما يحكم به الحاكم والا فلا بد من القضاء والفصل بعد ذلك كما أوما اليه بقوله ص انما اقضى بينكم بالبينات والايمان بل لو اخذ بظاهر هذه النصوص وشبهها لم يحتج الى انشاء الحكومة من الحاكم مطلقاً ضرورة ظهورها فى سقوط دعوى المدعى وثبوت الحق بالبينة ونحوها فتأمل جيداً انتهى (مسئلة ١١) لا اشكال فى انه يجوز للمنكر ان يرد الحلف على المدعى وحينئذ فان حلف ثبت ما ادعاه والا سقطت دعويه للاجماع والنصوص المستفيضة كصحيحة محمد بن مسلم فى الرجل يدعى ولا بينة له قال يستحلفه فان رد اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له وصحيحة عبيد بن زرارة فى الرجل يدعى عليه الحق ولا بينة للمدعى قال يستحلف او يرد اليمين على صاحب الحق فان لم يفعل فلا حق له وصحيحة هشام يرد اليمين على المدعى وفى خبر البصرى ولو كان المدعى عليه حياً لالزم باليمين او الحق او رد اليمين عليه الى غير ذلك كمرسل موسى المضمر استخراج الحقوق باربعة وفى اخره وان لم يكن له شاهد فاليمين على المدعى عليه وان لم يحلف ورد اليمين على المدعى فهى واجبة عليه ان يحلف ويأخذ حقه فان ابى ان يحلف فلا شيء له وكمرسل ابان وخبر ابى عباس وظاهر هذه الاخبار اختصاص جواز الرد بما اذا امكن الحلف للمدعى بان كان الحق له وكانت الدعوى جزمية ولذا استثنى العلماء ما لو كان المدعى وكيلاً او ولياً او وصياً او كان الميت اوصى للفقراء بخمس او زكوة او مظالم او حج او كانت الدعوى ظنية ففى هذه الصور لا يجوز الرد لعدم جواز الحلف على مال الغير وعدم جوازه مع عدم الجزم بالحق وحينئذ فيلزم المنكر بالحق نعم فى الوكيل والولى يمكن ان يقال بايقاف

الدعوى الى مجىء الموكل او بلوغ المولى عليه اورشده ﴿ مسئلة ١٢ ﴾ اذا لم يحلف المدعى بعد الرد عليه سقط دعويه مطلقاً ولو فى مجلس اخر كانت له بينة اولا لظهور الاخبار فى عدم الحق له فلا وجه لما عن موضع من المبسوط من سماعها فى مجلس آخر ولما عن جماعة من سماعها اذا كانت له بينة ثم لو من اول ما رد عليه قال ان لى بينة احضرها الظاهر ان له ذلك لانه لا يصدق حينئذ انه لم يحلف لان الظاهر منه ما اذا بنى على عدم الحلف مع عدم ادعاء البينة كما انه لو كان عدم حلفه استمهالا ليرى ما هو الاصلح له لا يكون مسقطاً لحقه (مسئلة ١٣) ليس للمدعى بعد الرد عليه الرد على المنكر لانه يصدق عليه انه لم يحلف فيشمله قوله لا حق له ولا يستلزام جوازه التسلسل (مسئلة ١٤) هل يجوز للمنكر ان يرجع فى رده قبل ان يحلف المدعى اولا قولان اقويهما جوازه كما ان المدعى لو طالب الحلف من المنكر له ان يرجع فيه قبله ﴿ مسئلة ١٥ ﴾ اختلفوا فى ان اليمين المردودة هل هى بمنزلة اقرار المنكر او بمنزلة بينة المدعى على قولين والاقوى انها امر مستقل ففى الفروع التى فرعوها على القولين لابد من الرجوع الى ساير الاصول والقواعد (مسئلة ١٦) اذا نكل المدعى عليه عن اليمين ولم يردها ايضاً فهل يحكم عليه بالنكول او يردها الحاكم على المدعى قولان ذهب الى كل منهما جماعة من القدماء وجماعة من المتأخرين ونسب القول الثانى الى اكثرهم بل عن الخلاف والغنية الاجماع عليه وعن السرائر انه مذهب اصحابنا عدا الشيخ فى النهاية واستدل كل منهما بوجوه فاحد الوجوه للقول الاول الاصل المقرر بوجوه كاصالة عدم مشروعية رد اليمين من الحاكم واصالة عدم ثبوت الحلف على المدعى واصالة برائة ذمة الحاكم من التكليف بالرد واصالة برائة المدعى من التكليف باليمين واصالة عدم توجه اليمين على غير المنكر واصالة عدم كونها حجة للمدعى واصالة عدم كون النكول عنها حجة للمنكر وفيه ان شيئاً من هذه الوجوه لا يفى باثبات كفاية النكول فى الحكم بثبوت حق المدعى مع ان الاصل عدمه فلابد من الاخذ بالقدر المتيقن وهو النكول من المنكر والحلف من المدعى بعد الرد عليه (الثانى) قوله ع البينة للمدعى واليمين على المدعى عليه بدعوى ان مقتضى التفصيل القاطع للشركة اختصاص اليمين بالمنكر فلا يجوز من المدعى وفيه انه لبيان الوظيفة الاولية فلا ينافى ثبوتها للمدعى بالرد من المنكر او الحاكم اذا اقتضته الادلة (الثالث)

صحيحة محمد بن مسلم عن الاخرس كيف يحلف قال ان امير المؤمنين عليه السلام كتب له اليمين وغسلها وامره بشربه فامتنع فالزمه الدين فيظهر منه انه لم يرد اليمين على المدعى وفيه انه قضية في واقعة فلعله كان ذلك بعد حلف المدعى او انه لم يمكن الرد عليه لخصوصيته مع ان المشهور لم يعملوا به وايضاً نقل الجمهور عن علي ع خلاف ذلك (الرابع) فقرتان من خبر البصري الوارد في الدعوى على الميت « احديهما » قوله ع بعد السؤال عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلا يكون له بينة فيمين المدعى عليه فان حلف فلا حق له وان لم يحلف فعليه فان الظاهر منه ان المنكر ان لم يحلف فعليه الحق « الثانية » قوله ع في اخره ولو كان حياً لالزم باليمين او الحق او يرد اليمين حيث لم يذكر رد اليمين من الحاكم اذا امتنع عن الجميع واجيب عن الفقرة الأولى باختلاف النسخة فان الخبر على ما في الفقيه خال عن قوله وان لم يحلف فعليه وبدله وان رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له مع انه يحتمل كون الضمير راجعاً الى المدعى والمبتدأ المقدر الحلف اي فعلى المدعى الحلف وحينئذ يكون دليلا على القول الاخر وعن الثانية باو يكون يرد بصيغة المجهول ويكون المراد رد الحاكم لا اقل من الاحتمال (الخامس) خبر ابي بصير لو ان رجلا ادعى على رجل عشرة الاف دراهم او اقل من ذلك او اكثر لم يكن اليمين على المدعى وكانت اليمين على المدعى عليه فانه شامل لصورة نكول المدعى عليه عن الحلف وفيه ان الظاهر من الخبر نفي اليمين عليه لاثبات حقه من الاول عوض البينة لا نفيها مطلقاً و استدل للقول الثاني باصالة عدم ثبوت الحق على المنكر بمجرد النكول بل القدر المعلوم ثبوته به وبالحلف من المدعى بعد الرد عليه للاجماع عليه حينئذ وبان الواجب على المنكر الحلف او الرد على المدعى للاخبار الدالة على التخيير بينهما واذا امتنع عن الامرين رد الحاكم من باب ولايته على الممتنع وبالاخبار المستفيضة الدالة على ان القضاء بين الناس انما هو بالبينات والايمان (وقد يستدل) بصحيحة عبيد بن زرارة في الرجل يدعى عليه الحق ولا بينة للمدعى قال يستحلف او يرد اليمين على صاحب الحق فان لم يفعل فلا حق عليه بناء على قرائة يرد بالبناء بصيغة المجهول لكنه خلاف الظاهر بل هو بصيغة المعلوم والمراد رد المنكر لا اقل من الاحتمال و نحوه يجاب عن الاستدلال بصحيحة هشام يرد اليمين على المدعى وعلى تقدير قرائته بالمجهول فالمراد

رد المنكر لاغيره من الحاكم اوغيره وربما استدل بوجوه اخر موهونة مثل الاجماع المنقول عن الخلاف و الغنية و النبوي العامي انه ص رد اليمين على طالب الحق و قوله ع المطلوب اولى باليمين من الطالب فانه يدل على شركتهما في اليمين وان كان المطلوب اولى ومما ذكر ظهر ان القول الثاني لايخلو عن قوة لسلامة الوجوه الثلثة الاول عن الاشكال (مسئلة ١٧) اذا رجع المنكر الناكل عن نكوله بعد حكم الحاكم عليه بالحق بسبب النكول اوبعد الرد على المدعي وحلفه واراد ان يحلف لاسقاطه فالظاهر عدم الاشكال في عدم الالتفات اليه لثبوت الحق عليه والاخبار الدالة على ان عليه اليمين منصرفة عن هذه الصورة ولافرق في ذلك بين ان يكون عالماً بحكم النكول وان الحاكم يحكم عليه بالحق بعد النكول اوبعد حلف المدعي اوقال له الحاكم ان حلفت والاحكمت عليك اولا لان الجهل لايكون عذراً في الاحكام الوضعية فلا وجه لما في الرياض من التفصيل واما اذا رجع عن نكوله بعد تحققه قبل حكم الحاكم عليه بثبوت الحق ففي الالتفات اليه وعدمه قولان اقويهما الاول لعدم ثبوت الحق عليه قبل حكم الحاكم وان تحقق موجبه ودعوى انه قد وجب على الحاكم الحكم عليه بعد تحقق الموجب فيستصحب مدفوعة بانه موقوف على عدم رجوعه لااقل من الشك فلايجرى الاستصحاب مع ان اطلاقات كون الحلف عليه شاملة لهذه الصورة والقدر المسلم من حكم النكول ما اذا كان باقيا عليه (مسئلة ١٨) ذكر بعضهم انه يستحب ان يقول الحاكم للمنكر الناكل ان حلفت والا جعلتك ناكلا او يقول ان حلفت اورددت والا جعلتك ناكلا وعلى القول بالرد يقول ان حلفت اورددت والا وددت اليمين على المدعي وجعلتك ناكلاً ويستحب تكرار ذلك ثلاثا بل عن ط والدروس يجب المرة الاولى ولادليل على شيء من ذلك لاالوجوب ولا الاستحباب ولو مرة نعم لابأس باستحبابه من باب التسامح في السنن (مسئلة ١٩) يظهر من المحكي عن السراير انه تحقق النكول بعرض الحاكم عليه اليمين ثلاث مرات مع سكوته في كل مرة والاظهر ان المرجع في تحققه وعدمه حكم العرف فقد يصدق بالمرة وقد لا يصدق بالثلاث بل ازيد ايضاً فيختلف بحسب القرآئن و الخصوصيات المكتنفة (مسئلة ٢٠) اذا استمهل المنكر في الحلف والرد ليلاحظ ما فيه صلاحه فالظاهر جواز امهاله بمقدار لايضر بالمدعي لان حق الاحلاف

له ومع عدم رضاه بالتأخير يشكل جوازه (مسئلة ٢١) لو نذر او حلف بان لا يحلف بالله أبداً لا صدقاً ولا كذباً ثم اتفق له المرافعة مع من يدعي عليه وانجر الامر الى حلفه فهل يجوز له اذا كان الحق معه اولا وجوه ثالثها التفصيل بين النذر فلا يجوز وبين الحلف فيجوز ثم على عدم الجواز لو حنث وحلف فالظاهر صحته وان كان حراماً هنا ولو نذر أنه لو اتفق له المرافعة وانجر الامر الى حلفه أن لا يحلف فالظاهر تعين عدم الحلف ووجوب أداء ما يدعي عليه لان نذره في قوة نذر اداء ما يدعي عليه ولو خالف وحلف فالظاهر عدم سقوط ما وجب بالنذر من اداء ما ادعى عليه

﴿ الفصل الخامس في الحكم بالبينة ﴾

(مسئلة ١) اذا قال المدعي لي بينة فهل يجوز للحاكم ان يقول احضرها اولا يجوز او يفصل بين ما اذا كان عالماً بان له الاحضار فلا يجوز او جاهلاً بذلك فيجوز اقوال فعن الاكثر (الاول) وعن المبسوط والسرائر والمهذب (الثاني) وعن المختلف والقواعد والدروس (الثالث) والظاهر عدم الاشكال في الجواز على وجه الارشاد مع علمه ووجوبه كذلك مع جهله وحرمته على وجه الامر الالزامي لان الحق له فان شاء احضرها والا فلا اذ قد يريد اليمين بل له العدول عن اصل الدعوى ولعل النزاع بينهم لفظي فمراد القائل بعدم الجواز عدمه على وجه الايجاب والالزام (مسئلة ٢) يجوز للمدعي احلاف المنكر مع امكان اقامة البينة غائبة كانت او حاضرة فلا يتعين عليه اقامتها وان علم بكونها مقبولة عند الحاكم بل له العدول عنها ومطالبة الحلف وذلك لان الحق له ويمكن ان يستدل عليه ايضاً بصحيحة ابن ابي يعفور اذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف ان لا حق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعي فلا حق له قلت وان كان له بينة قال نعم وقد يستدل عليه ايضاً باطلاق خبر محمد بن قيس ان نبيا من الانبياء شكى الى ربه كيف اقضي بامور لم اخبر بيانها قال فقال ردهم الى واضفهم الى اسمي لكن في اطلاقه تأمل مع ان الامر فيه متوجه الى النبي لا الى المدعي ومن المعلوم عدم كون التخيير له وربما يحتمل عدم جواز الاحلاف مع وجود البينة لان المستفاد من الاخبار ان وظيفة المدعي هي اقامة البينة وفيه انه لا يستفاد منها الحصر فلا منافاة بين ان يكون له البينة وله الاحلاف ايضاً واما التمسك بقوله ع في صحيحة سليمان بن خالد

مشيرا الى الاضافة الى الاسم هذا المن لم يقم له بينة او بقوله ع في تفسير الامام ع وان يكن له بينة حلف المدعى عليه الى اخره حيث علق التحليف على عدم البينة او بقوله في مرسلة يونس وان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه ففيه ان المستفاد من الاوليين ان تعين الحلف انما هو بعد عدم البينة لا جوازه مع ان المذكور في الصحيحة عدم اقامة البينة لا عدم وجودها وكذا في التفسير المراد عدم اقامتها لا عدم وجودها بقرينة ما تقدم عليه من قوله فان اقام بينة والمراد مما في المرسلة ايضاً ان تعين اليمين انما هو بعد عدم الشاهد وبالجملة لا ينبغي التأمل في تخيير المدعي بين اقامة البينة واحلاف المنكر خصوصاً اذا كان في اقامتها صعوبة عليه او لم يعلم ان الحاكم يقبل بينته ام لا نعم يشكل العدول عن البينة المعتبرة بعد اقامتها وقبول الحاكم الى الحلف مع عدم البعد فيه ايضاً (مسئلة ٣) اذا اقام المدعي البينة فلابد للحاكم ان ينظر في شهادتها فان لم تكن جامعة للشرايط طرحها وان كانت جامعة لها قبل شهادتها وان جهل حالها استكشف وعمل بما يقتضيه من القبول والرد (مسئلة ٤) اذا علم عدالتها واجتماعهما للشرايط لم يحتج الى التزكية لجواز العمل بعلمه خصوصاً في مسئلة عدالة الشاهد ولا يلزم سؤآل المدعى عليه في انه هل له جارح ام لا نعم يجوز له ذلك وحينئذ فان قال لا كلام لي انفذ حكمه وان ادعى ان له الجارح سمعت دعويه وكذا لو ادعى الجرح من غير سؤآل الحاكم فان اثبت دعويه اسقطهما الحاكم والا حكم بشهادتهما (مسئلة ٥) اذا جرح ولم يقدر على اثبات جرحه وكان مما له حد او تعزير يحد او يعزر (مسئلة ٦) اذا علم الحاكم فسقهما او فقدهما لبعض الشرايط طرحهما ولا يطالب من المدعي التزكية لكن ان ادعى خطأ الحاكم في اعتقاد فسقهما من حيث اعتماده على الاستصحاب ولا محل له لتغير الحال او على ظاهر الحال وكان الواقع خلافه سمعت دعويه فحينئذ فان اثبت دعواه والا فعلى الحاكم ان ينفذ شهادتها (مسئلة ٧) يجوز للحاكم الاعتماد في الفسق والعدالة على الاستصحاب وللمدعي والمدعى عليه دعويهما الخلاف اي تسمع منهما كما اشرنا اليه ﴿ مسئلة ٨ ﴾ لو جهل الحاكم حالهما وجب عليه ان يبين للمدعي ان له تزكيتهم بالشهود اذا كان جاهلاً بذلك ثم يطالبها منه ولو قال لا طريق لي الى ذلك او قال يعسر علي او قال لا افعل وطلب من الحاكم الفحص عن ذلك هل يجب عليه اولا قد يقال

بوجوبه عليه بدعوى انه مقتضى اطلاق الامر بالحكم بالبينة العادلة المتوقف على تحصيل مقدمته كما فى اطلاق الامر بالوضوء المقتضى وجوب الفحص عن الماء ونحو ذلك ولما حكى عن النبى ص انه كان يفعل ذلك بارسال شخصين من قبله لايعلم احدهما بالاخر يسئلان قبيلتهما عن حالهما فان جاء آ بمدح وثناء حكم وان جاء آ بشين ستر عليهما ودعى الخصمين الى الصلح وان لم يكن لهما قبيلة سئل الخصم عنهما فان زكاهما حكم والا طرحهما ويحتمل الفرق بين ما لوقال لاطريق لى اوقال لا افعل فيجب على الحاكم فى الاول دون الثانى و الاقوى عدم وجوبه عليه لمنع كون الحكم مطلقاً والالزم على الحاكم الفحص عن وجود الشاهد وعدمه ايضاً مع انه ليس كذلك قطعاً ﴿ مسئلة ٩ ﴾ اذا اقام المدعى على التزكية بينة مقبولة وجب على الحاكم ان يبين للمدعى عليه ان له حق الجرح اذا لم يكن عالماً به فان اثبته بالبينة سقطت بينة المدعى وان اعترف بعدم الجارح حكم عليه وان قال لاطريق لى فالظاهر عدم وجوب الفحص على الحاكم لان المفروض وجود البينة المقبولة للمدعى وان استمهل فى اثبات الجرح قالوا امهل ثلثة ايام لكن لا يبعد جواز الحكم لثبوت العدالة والاصل عدم الجارح واذا اثبت بعد ذلك ينقض الحكم وعلى الاول هل للمدعى ان يأخذ الكفيل من المدعى عليه الظاهر ذلك لثبوت حقه فى الجملة (مسئلة ١٠) اذا تبين بعد الحكم فسق الشاهدين حال الحكم انتقض سوآء كان الحاكم معتمداً على الاستصحاب اومتيقناً عدالتهما حال الحكم وان كان طارياً بعد الحكم لم ينقض وان كان بعد الشهادة وقبل الحكم ففيه قولان وان لم يعلم وجهل الحال وجهل التاريخان لم ينقض وكذا اذا علم تاريخ الحكم وان علم تاريخ طرو الفسق ففيه وجهان والظاهر عدم النقض ايضاً لان اصالة تأخر الحكم لايثبت كونه حال الفسق ومقتضى الحمل على الصحة عدم النقض ﴿ مسئلة ١١ ﴾ يشترط فى المعدل والجارح معرفة شرائط الجرح والتعديل واسبابهما وموافقة مذهبهما لمذهب الحاكم مع الاختلاف فيها (مسئلة ١٢) قالوا يشترط فى التعديل المعاشرة الباطنة المتقادمة مع الشاهد بحيث تفيد العلم او الظن بالملكة لخفائها بخلاف الجرح لظهور اسبابه والاقوى عدم الفرق بينهما فى عدم الاعتبار لان العدالة وان كانت هى الملكة وهى خفية الا ان الكاشف عنها وهو حسن الظاهر امر

ظاهر (مسئلة ١٣) اختلفوا فى انه هل يكفى الاطلاق فى التعديل والجرح او لابد من ذكر السبب فيهما او فى احدهما على اقوال فالمشهور عدم اعتبار التفصيل فى التعديل وكفاية الاطلاق فيه لتعدد ما يعتبر فى العدالة فيحتاج التفصيل الى ذكر جميع الكبائر وغيرها وهو متعسر بخلاف الجرح فانه يكفى فيه ذكر سبب واحد وعن بعضهم كفاية الاطلاق فيهما لان العادل لايخبر عن امر الامع العلم بتحققه وتحقق اسبابه وعن آخر اعتبار التفصيل فيهما للاختلاف فى اسبابهما فلعل مذهبهما مخالف لمذهب الحاكم وعن العلامة عكس المشهور لسهولة العلم بالفسق لانه يكفى فى تحققه فعل واحد فالخطاء فيه نادر بخلاف التعديل فانه فى معرض كثرة الخطاء فلابد فيه من ذكر السبب وعن بعض اخر كفاية الاطلاق فيهما بشرط العلم بالاسباب والاقوى وفاقا لبعضهم كفاية الاطلاق فيهما مع العلم بالاسباب وموافقة مذهبهما لمذهب الحاكم تقليداً او اجتهادا ووجوب ذكر السبب فى غيره ودعوى ان السيرة جارية فى جميع المقامات على عدم ذكر السبب وان المعلوم من طريقة الشرع حمل عبارة الشاهد على الواقع ولو مع الاختلاف ولذا لايجب السؤال عن سبب الملك او الطهارة او النجاسة عند الشهادة بها وما العدالة والفسق الامن قبيلها مدفوعة بمنع السيرة الافيما لااختلاف فى اسبابه او علم بالقرائن اتفاق المذهبين او نحو ذلك (مسئلة ١٤) لايشترط فى التعديل لفظ خاص بل يكفى كذلك ما يفيده لكن بعنوان الشهادة لا بعنوان الاخبار فلا يجب ذكر لفظ عدل ولا ضم قوله مقبول الشهادة او قوله لى وعلى فالنسب الى اكثر المتأخرين من اعتبار ضم احد الامرين لاوجه له لان الكلام انما هو فى خصوص التعديل لا فى المقبولية من طرف ساير الشرايط فانها ايضاً لابد من احرازها مع انه قد يقال ان مقتضى الادلة اشتراط العدالة فى قبول الشهادة واما ساير ما يعتبر فيه فهى من قبيل المانع المدفوع بالاصل فمع تحقق العدالة يجب الحكم الا اذا ثبت احد الموانع من الخصومة وجر النفع وكونه ولدا على والده ونحو ذلك فاذا ادعى الغريم واحداً فلابد من اثباته (مسئلة ١٥) اذا اختلف الشهود فى الجرح والتعديل فان لم يكن بينهما تكاذب وتعارض فلا اشكال كما لو قال المعدل قد مارسته فوجدته ذا ملكة ولا اعلم صدور كبيرة منه وقال الجارح رأيته يوم كذا يرتكب كبيرة بل وكذا لو اطلق الاول بان قال هو عادل وقال الثانى رأيته يوم كذا

يرتكب كبيرة فانه يحكم بالجرح ولو قال الجارح رأيته يرتكب يوم كذا كبيرة وقال الاخر لقد تاب بعد ذلك وهو فعلا ذو ملكة فيحكم بالعدالة لعدم المعارضة وان كان بينهما التعارض كان قال الجارح رأيته يوم كذا يزني في مكان كذا وقال الاخر انه كان في ذلك اليوم مشغولاً بكذا في مكان كذا غير ذلك المكان او اطلقا التعديل والجرح بان قال احدهما انه عادل وقال الاخر انه فاسق فقد يقال بتقديم الجارح لاعتضاده باصالة عدم حصول سبب الحكم في الفرضين ولان الغالب في التعديل الاعتماد على اصالة عدم صدور المعصية في خصوص الفرض الثاني وعن الشيخ في الخلاف انه قال وقف الحاكم لكن الاقوى التساقط والاخذ بالحالة السابقة من الفسق او العدالة ان كانت معلومة والا فالتوقف عن الحكم باحد الامرين ويكون كما ولم يكن بينة وحينئذ فعلى المنكر اليمين والظاهر ان هذا مراد الشيخ من وقف الحاكم وربما يحتمل ان يكون مراده التوقف عن الحكم اصلا حتى عن يمين المنكر لاحتمال عدم اعتباره في هذا الحال لوجود البينة للمدعي وان كان لا يعمل بها لاجل المعارضة ويكون ميزان الحكم مجهولاً فلابد من الرجوع الى الصلح اونحوه لكن الاحتمال المذكور بعيد وقد يحتمل الرجوع الى القرعة في تقديم احدى البينتين في صورة التعارض ولكن لاقائل بها والاقوى ماذكرنا (مسئلة ١٦) تثبت عدالة الشاهدين بالعلم الوجداني الحاصل من المعاشرة وبالشياع المفيد للعلم وكذا بالبينة بالاجماع وان لم نقل بعموم حجيتها واستدل عليه مضافاً الى الاجماع بما في تفسير الامام ع من ان النبي ص اذا كان لايعرف الشهود بخير ولا شر ارسل رجلين من خيار اصحابه الى قبائل الشهود لتفتيش احوالهم عن قومهم فاذا اتيا بخير انفذ شهادتهم واذا اتيا بخبر سيّ لم ينفذ وبمرسلة يونس استخراج الحقوق باربعة وجوه وعدمنها شهادة رجلين عدلين فان الاستخراج اعم مما كان بواسطة او بلاواسطة وبقوله ع البينة للمدعي واليمين على المدعى عليه اذا كان النزاع في عدالة شخص وعدمها وكذا تثبت بالاستصحاب ولا تثبت بالظن ولا بخبر الواحد وان بلغ حد الشياع اذا لم يفد العلم ونقل عن بعضهم وجود القول بكفايته ولعله لدعوى شمول مادل على حجية خبر الواحد للموضوعات لكن الظاهر الاجماع على عدم كفايته في الشهادة اولدعوى ان العدالة هي الملكة وهي من الامور الخفية التي لايمكن حصول العلم بها غالباً

فلو اعتبر العلم فيها لانسد طريق ثبوتها وفيما اشرنا اليه سابقاً من انها وان كانت عبارة عن الملكة ويعسر الاطلاع عليها غالباً بالعلم الا ان المستفاد من الاخبار الكثيرة ان حسن الظاهر كاشف عنها والاطلاع عليه سهل فلاوجه لكفاية الظن في ثبوتها سواء حصل من المعاشرة التامة او من خبر الواحد الا مع العلم بما جعله الشارع كاشفاً عنها وهو حسن الظاهر المفيد للظن بحصولها واما الجرح فلا اشكال في عدم ثبوته بغير العلم او البينة او الاستصحاب هذا كله في اصل الثبوت لترتيب آثارها واما في مقام الشهادة باحدهما فلابد من ثبوت العلم فلا يجوز الاعتماد على غيره من البينة او الاستصحاب بان يشهد بالعدالة او الفسق مطلقاً مع عدم علمه بهما وان ثبت عنده بالبينة او الاستصحاب بل هو تدليس حرام نعم لا باس بالشهادة مع بيان المستند لكن لا تنفع في حكم الحاكم اذ لا يجوز له الاعتماد على هذه الشهادة فما يظهر من بعضهم من جواز الشهادة بالعدالة مع ثبوتها عنده ولو بمثل البينة والمعاشرة الظنية وحكم الحاكم لا وجه له لاعتبار العلم في الشهادة (مسئلة ١٧) الظاهر جواز الشهادة بالجرح اذا شاهده يرتكب كبيرة مع ظهور كون ذلك منه على وجه المعصية من غير عذر وان لم يحصل له العلم بذلك لكن اشترط صاحب الجواهر في ذلك العلم بكونه على وجه المعصية والا لا يجوز له الشهادة ضرورة اعمية شرب الخمر مثلاً من ذلك قال ودعوى ان للافعال ظهوراً يجب الاخذ به كالاقوال واضحة المنع فان الفعل من حيث هو لا ظهور فيه وانما يحصل من بعض المقارنات فان افادت العلم جرى عليه الحكم والا كان من الظن الذي لا دليل على حجيته بل الدليل على خلافه نعم لا عبرة بالاحتمال الذي لا يعتد به ولا ينافي القطع في العادة انتهى . فيه انه يكفي ظهوره بملاحظة الحالات والمنضمات وانه من الظنون المعتبرة (مسئلة ١٨) ينبغي ان يكون السؤال عن التزكية سراً عن الشاهدين اي في غيابهما لانه اقرب الى صدق المزكي والجارح وابعد من تطرق التهمة للمزكي بانه زكي حياء او رجاء او خوفاً او نحو ذلك وكذا ينبغي ان يكون بالاخفاء عن الناس لانه ربما كان جارحاً بما يوجب هتك ستر الشاهد وغيبته وهو غير جائز الا بقدر الضرورة وهو عند الحاكم فقط (مسئلة ١٩) لا بأس بتفريق الشهود والسؤال من كل واحد منهم في غياب الآخر عن مشخصات القضية من الزمان و المكان ونحوهما من

الكيفيات اذا ارتاب من غلطهم لعدم قوة عقلهم او من التباس الامر عليهم بتدليس ونحوه اولزيادة التثبت ليعلم صدقهم من اتفاق كلمتهم او كذبهم من اختلافها بل ربما يكون راجحاً مع الريبة كما فعله امير المؤمنين ع في سبعة خرجوا الى سفر ففقدوا احد منهم فجائت امرأة اليه وذكرت ذلك له فاستدعاهم وسئلهم فانكروا ففرقهم واقام كل واحد منهم الى سارية ووكل به من يحفظه ثم استدعى واحداً منهم وسئله فانكر فقال عليه السلام الله اكبر فسمعه الباقون فظنوا انه قد اعترف فاستدعى واحد بعد واحد فاعترفوا بقتله فقتلهم هذا ويمكن ان يقال برجحان ساير الكيفيات غير التفريق ايضا لكن بما لا ينافي الشرع ولا يوجب تأخير الحكم بعد الثبوت مع مطالبة المدعي فانه حينئذ يجب المبادرة اليه ولذا قالوا ان محل التفريق انما هو قبل الاستزكاء ان احتيج اليه بل ربما يقال بجواز التأخير لازالة الريبة ولو مع طلب المدعي وتمامية ميزان الحكم بل قد يقال بعدم جواز الحكم مع الريبة ولو بعد تمام الميزان لانصراف ادلة الحكم بالبينة عن هذه الصورة لكنه مشكل لمنع الانصراف (مسئلة ٢٠) لو رضي المدعى عليه بشهادة فاسقين او مجهولي الحال او عادل واحد لم يصح لعدم جواز الحكم مع عدم الميزان الشرعي (مسئلة ٢١) اذا اقام المدعي شاهدين ثابتي العدالة عند الحاكم لكنه اعترف بعدم عدالتهما فهل يصح الحكم ام لا وجهان اوجههما عدم صحته لان اعترافه بعدم عدالتهما اعتراف منه بعدم تمامية الميزان اذ هو العدالة الواقعية لا اعتقاد الحاكم بالعدالة وحينئذ فليس له ترتيب الاثر على هذا الحكم في ظاهر الشرع وان كان محقاً في الواقع بحسب اعتقاده ﴿ مسئلة ٢٢ ﴾ اذا شهد عند الحاكم شاهدان لا يعرفهما بالعدالة لكنه حكم غفلة عن احرازها ثم تبين له بعد الحكم كونهما عدلين فالظاهر عدم صحة الحكم لان المناط هو العدالة الواقعية المعلومة للحاكم حال الحكم (مسئلة ٢٣) ذكر جماعة انه يجوز للحاكم مع عدم احرازه عدالة الشاهدين ان يحكم بتصديق المدعى عليه واعترافه بعدالتهما كان يقول هما عادلان لكنهما اخطئا ان وعلله بعضهم بكونه اقراراً على نفسه حيث انه اعترف بوجود شرط الحكم وفيه ان شرط الحكم انما هي العدالة المعلومة للحاكم لا العدالة الواقعية وان لم تكن معلومة له او ثابتة عنده والمفروض عدم حصول العلم له بهذا الاقرار من

المدعى عليه فلا يكفي في جواز الحكم وبما ذكرنا ظهر ما قيل في الجواب من انه مع ذلك موقوف على كونه اقراراً على نفسه موقوف على كونه مقبولاً عند الحاكم وقبوله موقوف على كونه اقراراً على نفسه فلا يصح اذ كونه اقراراً بالعدالة معلوم من غير توقف على كونه مقبولاً واعلم ان الاشكال فيه ان العدالة الواقعية غير كافية بلا ثبوت عند الحاكم فالاقرار بها ليس اقراراً بتحقق الشرط لفقد قيده وهو الثبوت ولو كان الشرط نفس العدالة من غير قيد وكان علم الحاكم بها طريقاً لا جزءاً وقيداً في الموضوع كان كافياً في تحقق ميزان الحكم والفرق بين هذه المسألة وما تقدم من كون اقرار المدعي بفسق شهوده موجباً لعدم جواز الحكم ان الاقرار بفقد احد جزئي ميزان الحكم كاف في عدم جوازه واما الاقرار بثبوت احد الجزئين فغير كاف في جوازه فما يظهر من بعضهم من ان لازم القول بكفاية اقرار المدعي بفسق الشهود في عدم جواز الحكم القول بكفاية تصديق المدعى عليه بعدالتهم في جوازه لا وجه له الا على احتمال كون الشرط هو العدالة الواقعية من غير قيد وكان علم الحاكم طريقاً اليها واستدل بعضهم على الحكم المذكور بالمروي في تفسير الامام ع في حكاية محاكمة النبي ص من قوله فاذا كان الشهود من اخلاط الناس لا يعرفون ولا قبيلة لهما ولا سوق ولا دار اقبل على المدعى عليه وقال ما تقول فيهما فان قال ما عرفت الا خيراً غير انهما قد غلطا فيما شهدا علي انفذ عليه شهادتهما وان جرح عليهما وطعن في شهادتهما اصلح بين الخصم وخصمه او حلف المدعى عليه وقطع الخصومة بينهما ص ودلالته ظاهرة وان كان يمكن ان يقال انه (صلعم) كان يحصل له العلم بعدالتهما من قول المدعى عليه كما هو كذلك غالباً وبالجملة الحكم المذكور محل اشكال ثم على فرض العمل بالرواية يختص تعديله بخصوص ذلك الشخص فلا يثبت في حق غيره بل بتلك الواقعة الخاصة اقتصاراً على القدر المتيقن وايضاً الحكم مختص بما اذا لم يعرف الحاكم فسقهما والا فلا يجوز له الحكم قطعاً (مسألة ٢٣) اذا قال المدعي بعد اقامة الشهود كذبت شهودي لا تسمع شهادتهم في حقه وهل تبطل دعوته ايضاً اولا مقتضى كون الكذب عبارة عن الاخبار بما يخالف الواقع سقوط دعوته ايضاً الا ان تكون هناك قرينة على ارادة مخالفتها لاعتقادهم كما هو الغالب (مسألة ٢٤) لا يشترط في قبول الشهادة علم الحاكم باسم

المعدولة وفسقهم بعد العلم بعدالة الشاهدين مع اجتماع سائر شرائط الشهادة (مسئلة ٢٥) اذا كان الشهود جماعة من العدول يجوز الحاكم الاستناد في حكمه الى الجميع كما يجوز الاستناد الى الاثنين او ازيد منهم ولذا كانت الجماعة مشتملة على العدول والفساق جاز له الاستناد الى الجميع والى اثنين او ازيد من العدول منهم (مسئلة ٢٦) لو كان الشهود جماعة من العدول واستند في حكمه الى الجميع ثم بعد الحكم تبين فسق بعضهم فالظاهر صحة الحكم مع وجود عدلين في الباقين واما اذا استند الى اثنين معينين منهم ثم بعد الحكم تبين فسقهما فهل يصح مع وجود عدلين اخرين لم يستند اليهما فيه وجهان (مسئلة ٢٧) في تعارض الجرح والتعديل اذا كان شهود الجرح اثنين وشهود التعديل اربعة يمكن ان يقال بتساقط اثنين بالاثنين وبقاء اثنين للتعديل وكذا العكس واولى بذلك اذا كان كل منهما اثنين وبعد التساقط وبعد ثالث اخر ان لاحدهما والله العالم (مسئلة ٢٨) اذا شهد جماعة يعلم الحاكم ان فيهم عدلين ولكن لا يعرفهما بعينهما فالظاهر جواز الحكم اذا لم يكن جرح لصدق الحكم بشهادة عدلين (مسئلة ٢٩) لا يشترط في الحكم بالبينة ضم يمين المدعي الا بدليل خاص كما في الدعوى على الميت بلا خلاف ولا اشكال ويدل عليه مضافاً الى الاستفادة من مثل قوله البينة للمدعي واليمين على المدعى عليه حيث ان التفصيل فيه قاطع للشركة صحيحة محمد بن مسلم عن الرجل يقيم البينة على حقه هل عليه ان يستحلف قال لا ورواية ابي العباس اذا اقام الرجل البينة على حقه فليس عليه يمين ونحوها موثقة جميل ومرسلة ابان واما ما في خبر سلمة بن كهيل عن قول امير المؤمنين عليه السلام لشريح ورد اليمين على المدعي مع بينته فان ذلك اجلى للعمى واثبت في القضاء فمحمول على الاستحباب مع رضى المدعي واما صحيحة الصفار هل يقبل شهادة الوصي للميت بدين له على رجل مع شاهد اخر عدل فوقع ع اذا شهد معه عدل آخر فعلى المدعي يمين فيمكن حملها على عدم سماع شهادة الوصي وبالجملة لا اشكال في المسئلة

﴿ الفصل السادس في الدعوى على الميت ﴾

(مسئلة ١) يشترط في سماع الدعوى على الميت قيام البينة المعتبرة مع اليمين الاستظهاري على المشهور وادعى بعضهم عدم الخلاف فيه وآخر الاجماع عليه ثم

في الجواهر خلت عنه كثير من كتب القدماء ويدل عليه ذيل خبر عبد الرحمن البصري
فان كان المطلوب بالحق قد مات فاقيمت البينة فعلى المدعي اليمين بالله الذي لا اله الا هو
لقد مات فلان وان حقه لعليه فان حلف والا فلا حق له لانا لا ندري لعله قد وفاه ببينة
لا نعلم موضعها او بغير بينة قبل الموت فمن ثم صارت عليه اليمين مع البينة فان ادعى ولا بينة
فلا حق له لان المدعى عليه ليس بحي ولو كان حياً لالزم باليمين او الحق او يرد اليمين فمن
ثم لم يثبت عليه حق وذيل صحيحة الصفار وكتب اليه او تقبل شهادة الوصي على الميت
بدين مع شاهد آخر فوقع ع نعم من بعد يمين ودلالتهما واضحة فيخصص بهما ما دل على
عدم اشتراط اليمين مع البينة والمناقشة في الاول بان ظاهره وجوب اليمين المغلظة ولا
قائل به والا فلا دلالة فيه فيحمل على الاستحباب مدفوعة بان الظاهر ان ذكر العبارة
المذكورة من باب احد الافراد لا لاشتراط خصوصيتها مع أنه يجوز ان يكون توصيفه ع
تعظيماً لله لا لاجل اعتبار ذكره في اليمين فلا ينبغي الاشكال في اصل الحكم (وانما الكلام
في مواضع) بناء على العمل بعموم التعليل وان كان مشكلاً كما سيأتي (احدها)
هل يلحق بالميت من هو مثله في عدم اللسان كالطفل والمجنون والغايب اولا قولان عن
الاكثر بل المشهور الاول وجماعة على الثاني بل اسند الى اكثر متأخري المتأخرين
للاول عموم العلة واتحاد طريق المسئلتين وللثاني كون الحكم على
خلاف القاعدة فلا بد من الاقتصار على القدر المعلوم وهذا هو الاقوى لمنع كون
العلة مجرد اللسان فعلا بل عدمه مطلقاً كما في الميت حيث انه لا امد له يرتقب مع ان
العلة وهي احتمال الوفاء لا يجري في الصبي والمجنون لعدم احتماله مع عدم صحة الوفاء منهما على
فرضه فطرف الدعوى فيهما وليهما وهو حي له لسان ومعارضة في الغايب بمرسل جميل
عن الصادق ع قال الغايب يقضى عليه اذا اقامت عليه البينة ويباع ماله ويقضى عنه دينه وهو
غايب ويكون الغايب على حجته اذا قدم ولا يدفع المال الى الذي اقام البينة الا بكفلاء ونحوه
خبر محمد بن مسلم عن الباقر ع مع ان قوله ع ويكون الغايب على حجته يدل على الفرق بينه
وبين الميت ومما ذكرنا ظهر عدم اتحاد طريق المسئلتين وان الاقوى عدم الالحاق
﴿ الثاني ﴾ هذا الحكم مختص بالدين او يشمل العين ايضاً بل يشمل كل دعوى
على الميت سواء كانت عيناً او ديناً او منفعة او حقاً كحق الرهانة وحق الخيار ظاهر

الصحيح بل الخبر ايضا الاختصاص بالدين بقرينة لفظ الحق ولفظ عليه ووفاه الا انه يمكن ان يقال ان الدين من باب المثال ومقتضى عموم التعليل العموم ودعوى ان العلة هو احتمال الوفاء وهو مختص بالدين مدفوعة بامكان دعوى كون هذا ايضاً من باب المثال بان يكون المراد ان في الدعوى عليه تحتاج الى ضم اليمين الى البينة دفعاً لاحتمال دعوى من الميت لو كان حياً وهو في الدين احتمال الوفاء وفي العين احتمال النقل الجديد هذا ولكن يمكن الفرق بين الدين والعين بان البينة القائمة على الدين غالباً مستندة الى الاستصحاب فتحتاج الى ضم اليمين بخلاف البينة على العين فانها اذا شهدت بالملكية السابقة لا تسمع في مقابل اليد فلابد في قبولها ان تكون بالملكية الفعلية وحينئذ فلا تحتاج الى ضم اليمين فهذا هو الفارق بين الدين والعين نعم على القول بان استصحاب الملكية السابقة مقدم على اليد الفعلية لا فرق بينهما كما انها اذا شهدت بكيفية اليد بان شهدت بان يد الميت سابقاً كانت يد غصب او عارية حيث ان استصحابها مقدم على اليد الفعلية على الاقوى لكونه موضوعياً يكون حال العين في هذه الصورة حال الدين في الحاجة الى اليمين لدفع احتمال تجدد اليد والنقل الجديد ثم ان لي في كون دعوى العين دعوى على الميت اشكالا وذلك لان للمدعى ان يوجه الدعوى على من بيده العين وهو الوارث اذا كانت في يده فيكون الدعوى على الحي وهو الوارث دون الميت وكون يده مترتبة على يد الميت لا يوجب كون الدعوى عليه فهو نظير ما اذا غصب شخص عيناً وباعها من شخص آخر فان للمالك ان يدعى على من بيده العين وهو المشترى ولا يقال حينئذ ان الدعوى على الغاصب لكون يد المشترى مترتبة على يده نعم يجوز له ان يوجه الدعوى على الغاصب ايضاً ففي المقام ايضاً كذلك فان وجه الدعوى على الميت احتاج الى ضم اليمين واما ان وجه على الوارث فلا وكيف كان فالمسئلة مشكلة والاحوط ضم اليمين لكن برضى المدعى هذا ولو كانت العين تالفة في يد الميت قبل موته على وجه الضمان فبناء على الفرق بين الدين والعين قيل في جريان حكم العين نظراً الى الاصل او الدين للانتقال الى ذمته وجهان اظهرهما الثاني (قلت) بل هو المتعين واذا تلفت بعد موته فكذلك نعم لو تلفت في يد الوارث يمكن توجيه الدعوى عليه لكون قيمتها ديناً عليه فلا يحتاج الى ضم اليمين ويمكن

توجيهها على الميت وفى جريان حكم العين او الدين حينئذ وجهان اقويهما الثانى لكن قال فى الجواهر اما اذا فرض تلفها بعد موته وكانت مضمونة عليه فقد يقوى عدم اليمين عليه لقصور الخبرين عن تناول ذلك بل ظاهرهما غيره فيبقى هو حينئذ على عموم حجية البينة والتعليل قد عرفت انه فيما قبل الموت فتأمل جيداً (قلت) قصور الخبرين عن الشمول ممنوع فحاله حال التلف قبل الموت وقال فى المستند لم لو فقدت بعد الموت او لم يعلم انها فقدت حال الحيوة او بعدها فحكم المدعى به حكم العين لعدم معلومية الانتقال الى ذمة الميت وفيه ان يده لو كانت يد ضمان لا وجه لعدم الانتقال الى ذمته ﴿ الثالث ﴾ اذا كان المدعى على الميت وارث صاحب الحق كما اذا ادعى وارث زيد على وارث عمرو بشغل ذمة عمرو بحق زيد واقام البينة على ذلك فهل حاله حال مورثه فى الحاجة الى ضم اليمين وانه ان لم يحلف لا حق له اولا الاقوى ذلك لدخوله تحت الخبرين وحينئذ فان علم بقاء الحق وعدم الوفاء تمت الحجة وثبت له الحق والا فلا حق له كما فى مورثه لو كان حيا ولا وجه لدعوى خروجه عن الخبرين ولكن قد يقال باختصاصهما بما اذا كان المدعى صاحب الحق وحينئذ فيدخل تحت عمومات حجية البينة وقد يقال بدخوله تحت الخبرين وعدم ثبوت الحق لانه لا يمكنه ان يحلف اما لعدم علمه ببقاء الحق وعدم الوفاء من المدعى عليه واما لكونه يميناً على فعل الغير وهو غير جائز وقد يقال بدخوله تحتهما وانه يحلف على نفى العلم بالوفاء او عدمه مطلقاً وقد يقال بذلك اى انه يحلف على نفى العلم الا اذا اعترف وارث المدعى عليه بعدم علمه وح يسقط اليمين واحتمل ص هر بعد اعترافه بدخوله تحت الخبرين وان ظاهر النص والفتوى سقوط الحق بعدم حلفه ان يكون له الحلف على الميت على مقتضى الاستصحاب كما يجوز الحلف على مقتضى اليد لان سقوط الحق مع وجود البينة مناف لمذاق الفقه لكنه اعترف بعدم صحته ولا يخفى ضعف جميع هذه الاقوال والاحتمالات خصوصاً الحلف على نفى العلم مطلقاً لانه لا معنى له مع عدم دعوى العلم عليه وعلى فرضها ايضاً لا محل له ولا فائدة فيه اذ لا يتفاوت الحال فى عدم تمامية الحجة بين ان يحلف على نفى العلم او لا فعلى التقديرين لا يثبت الحق لان احتمال الوفاء موجود فالاقوى ماذكرنا من ان حاله حال مورثه فكما انه لو لم يجزم ببقاء الحق وعدم الوفاء لا يجوز له ان يحلف ولا يثبت

تحقيقه فكذا لا يجوز له وح لا يثبت الحق لعدم تمام الحجة ثم اذا كان الوارث متعددا لا بد من حلف كل منهم على بقاء مقدار حقه من الارث ولا يكفي حلف بعض منهم عن الجميع نظير اثبات الحق بالشاهد واليمين مع تعدد المدعين فلو لم يحلف بعضهم لعدم علمه لم يثبت مقدار حقه واحتمال ان يكون هذا الحلف من حيث انه شرط متمم للبينة لا جزء من المثبت يكفي فيه حلف واحد وايضاً المستفاد من الخبرين ليس الا ضم اليمين في الجملة لا وجه له مع ان مجرد الاحتمال لا يكفي بعد كون الاصل عدم ثبوت الحق (الموضع الرابع) اذا كان المدعي غير صاحب الحق بان كان ولياً او وصياً او وكيلاً فهل يحتاج الى اليمين او تكفيه اقامة البينة الظاهر عدم الفرق بينه وبين صاحب الحق لان المستفاد من الخبرين ان ثبوت الحق على الميت متوقف على اليمين مع البينة وبتقرير اخر المدعي على الميت اذا اقام البينة لا بد له من ضم اليمين سواء كان مدعياً لنفسه او لغيره وعلى هذا فاذا لم يقدر على الحلف لعدم جوازه على مال الغير فلا يثبت الحق الا ان يقال بالصراف الخبرين عن مثل الولي والوصي لكنه ممنوع او يقال بجواز الحلف منهما في خصوص المقام لظهور الخبرين في حلف المدعي اعم من ان يكون صاحب الحق اولا مع انه لا دليل على عدم جواز الحلف على مال الغير الا الاجماع والقدر المتيقن منه غير مثل الولي والوصي ممن الامر بيده ويعد صاحب الدعوى عرفاً فما ذكره بعضهم من عدم الحاجة الى اليمين من جهة عدم شمول الخبرين واختصاصهما بمن يدعي حق نفسه بقوله وان حقه لعليه قوله فلا حق له لا وجه له اولاً لان ذلك من باب المثال وثانياً لانه يعد مثل الولي والوصي صاحب الحق عرفاً مع ان مقتضى التعليل عدم الفرق بين مدعي حق نفسه وغيره وحينئذ لا ينبغي الاشكال في عدم ثبوت الحق اذا لم يمكن اليمين لانه مقتضى الشرطية في الثبوت الا اذا قلنا بما قلنا من الانصراف او دعوى جواز الحلف على مال الغير في مثل المقام او بمنع عموم يدل على عدم جواز الحلف على مال الغير ولصاحب المستند في المقام كلام على طوله لا طائل له ومحصله عدم دخول الولي ولواصي في موضوع الخبر لاختصاصه بمدعي حق نفسه لقوله فان حقه وقوله فلا حق له واذا لم يشملهما الخبر فلا بد من الرجوع الى القاعدة وهي حجية البينة وكفايتها ولا يفيد التمسك بعموم العلة لشمول الحكم لهما الا انها تعليل لقوله فعلى المدعي الى آخره لا لقوله فلا حق له خاصة بقرينة قوله فمن ثم

صارت عليه اليمين فهي علة للتعليق لا لتعليق واقالم يمكن المعلق عليه لعدم جواز الحلف على مال الغير فيحتمل انتفاء التعليق ويحتمل انتفاء المعلق اي يحتمل انتفاء الشرطية ويحتمل انتفاء المشروط وهو ثبوت الحكم وحيث لا معين فيحصل الاجمال فيرجع الى قاعدة حجية البينة وكفايتها في اثبات الحكم ثم اوضح ذلك بمثال انطباقه على ما نحن فيه غير معلوم وقد ظهر مما ذكرنا ما فيه اذ اولا نمنع شمول الخبر لهما وعلى فرضه فيكفي شمول العلة ثانياً وما ذكره من الاجمال ممنوع اذ المستفاد منها شرطية الحلف لثبوت الحكم بالبينة ومقتضاها عدم المشروط عند عدم الشرط وهذا واضح جداً ثم مما ذكرنا ظهر حال دعوى متولي الوقف على الفقراء مثلاً شيئاً من طرفه على ميت وحال دعوى الوصي مثلاً اشتغال ذمة الميت بخمس او زكوة او مظالم فان مقتضى الخبرين عدم كفاية البينة ولازمها عدم ثبوت الحق لعدم امكان الحلف الا على ما ذكرنا من الانصراف ونحوه (الخامس) كما تكون العلة لعمومها موجبة لشمول الحكم لغير المورد مما يشاركه فيها كذلك قد تكون مقيدة لاطلاق المورد مثلاً اذا قال لا تأكل الرمان لانه حامض فقوله لا تأكل الرمان وان كان يشمل الحلو ايضاً الا ان العلة تقيده بالحامض ففيما نحن فيه اذا شهدت البينة بثبوت الحق وبقائه الى حين الموت لا يجب ضم اليمين لان العلة وهي احتمال الوفاء لا تجري اذ المفروض شهادة البينة بعدمه وكذا اذا علم انه على فرض ثبوت الحق سابقاً لم يحصل الوفاء من الميت او اعترفت ورثته بذلك وكذا في الفرع الذي تعرضوا له وهو انه اذا شهدت البينة باقراره قبل موته بمدة لا يمكن فيها الاستيفاء عادة فانه لا يجب ضم اليمين كما عن جماعة ولكن صرح المستند بعد ان نقل عن (لك) والكفاية والمعتمد عدم وجوب الضم قال وفيه ان التعليل لا يوجب تخصيص الاطلاق فان العلل الشرعية معرفات لا ينتفي المعلول بانتفائها فانه قد يكون وجود العلة في بعض الافراد علة للحكم في الجميع مع ان التعليل كما قيل يمكن ان يكون من باب ابداء النكتة والتمثيل فان احتمال الابراء ايضاً قائم وكذا احتمال نسيان المقر للايفاء وتذكره لو كان حياً حين الدعوى ولذا قوى بعض فضلائنا المعاصرين الضم لاطلاق النص وهو حسن الا ان فيه ان النص معارض باخبار اخر واردة في اقرار المريض وفي الوصية بالدين كصحيحة منصور عن رجل اوصى لبعض ورثته ان له عليه ديناً فقال ان كان الميت مرضياً فاعطه الذي

اوصى له وصحيحة ابي ولاد عن رجل مريض اقر عند الموت لوارث بدين له عليه فقال يجوز ذلك ورواية السكوني رجل اقر عند موته لفلان وفلان لاحدهما عندي الف درهم ثم مات على تلك الحال فقال ايهما اقام البينة فله المال وان لم يقم واحد منهم البينة فالمال بينهما نصفان ومكاتبة الصيمري الى امرأة اوصت الى رجل واقرت له بدين ثمانية الاف درهم الى ان قال فكتب بخطه ان كان الدين صحيحاً معروفاً مفهوماً فيخرج الدين من رأس المال الى غير ذلك فان هذه الاخبار شاملة لصورة عدم حلف المقر له ايضاً فيتعارض ما مر بالعموم من وجه واذ لا ترجيح فيرجع الى القاعدة المكتفية للمدعي بالبينة وهو الاصح انتهى وقد ظهر مما ذكرنا ما فيه مع ان مقتضى ما ذكره من كون العلل الشرعية معرفات او من باب التمثيل عدم جواز التمسك بعمومها للتعميم ايضاً و اما ما ذكره من معارضة النص بالاخبار الواردة في اقرار المريض وفي الوصية بالدين وان النسبة عموم من وجه ففيه ان هذه الاخبار ليست في مقام الدعوى على الميت والاثبات بالبينة والمفروض فيها تحقق الاقرار وتحقق الوصية وانما السؤال فيهما من حيث كون الاقرار في حال المرض وان الوصية بالدين هل يجب العمل بها اولاً لا من جهة كونها دعوى على الميت فلا دخل لها بالمقام فالوجه عدم وجوب الضم من جهة ما ذكرنا من كون العلة مقيدة للاطلاق ﴿ السادس ﴾ العلة المذكورة في الخبر لاشتراط ضم اليمين الى البينة هو احتمال الوفاء من المدعى عليه اذا كان ميتاً لكن الظاهر انه من باب المثال فيتعدى منه الى ساير الاحتمالات المنافية لبقاء الحق ايضاً الا ان اللازم التعدي الى ما يكون مثله مما يجري في الميت دون الحي كالنقل الجديد من الميت في دعوى العين ونحوها واما الاحتمالات المشتركة بين الحي والميت مثل الابرآء والمقاصة اوتبرع الاجنبي بوفاء الدين مثلاً فيشكل اشتراط نفيها او بقاء الحق من جهتها فانها لو كانت موجبة لضم اليمين لزم ذلك مع احتمالها في الدعوى على الحي ايضاً فما يظهر منهم من اشتراط نفيها ايضاً في الدعوى على الميت دون الحي مشكل والحاصل ان تخصيص الدعوى على الميت باشتراط ضم اليمين الى البينة انما يصح في احتمال لا يجري في الدعوى على الحي ففيما اذا علم عدم الوفاء من الميت لكن احتمل ابرآء المدعي ذمته او مقاصته من ماله او وفاء الاجنبي تبرعاً او وفاء الوارث له بعد موته يشكل اشتراط ضم اليمين بعد كون الحكم على خلاف مقتضى عموم

حجية البينة ﴿ السابع ﴾ هل يلحق بالبينة في الحاجة الى ضم اليمين مثل الاقرار
المعلوم والشياع الموجب للعلم وحكم الحاكم ونحو ذلك اولا مقتضى اختصاص الخبرين
بالبينة وكون الحكم على خلاف القاعدة عدم الالحاق ولكن يمكن دعوى الحاجة اليه
بملاحظة عموم التعليل فيما اذا احتمل الوفاء من الميت واما مع العلم بعدمه وعدم ساير
الاحتمالات فلا ينبغي الاشكال في عدم الحاجة واما مع العلم بعدم الوفاء واحتمال الابراء
ونحوه ففيه وجهان والاظهر عدم وجوب ضم اليمين لما عرفت من عدم الاعتناء
بالاحتمالات المشتركة بين الحي والميت ﴿ الثامن ﴾ اذا كان للمدعي شاهد واحد
وضم اليه اليمين فهل يحتاج الى يمين آخر للاستظهار اولا قد يقال بعدم الحاجة لخروجه
عن الخبرين حيث ان موردهما البينة ولا تصدق على الشاهد واليمين ولعدم الفائدة
في تكرار اليمين وقد يقال باشتراط الضم لعموم التعليل والاظهر وجوب الضم اذا
كانت اليمين التي مع الشاهد كالشاهد في كونها على اصل ثبوت الحق من غير تعرض
لبقائه واشتغال ذمة الميت به فعلا الى حين الموت لان اليمينين حينئذ متغايرتان احدهما
على اصل الاستحقاق والاخرى على بقائه وان كانت على الاستحقاق فعلا ففيه و
جهان من تغايرهما من حيثهما ومن عدم الفائدة في تكرارهما والاظهر الاول وهو
الاحوط اذ يكفي تغايرهما في حد نفسهما فلا وجه للتداخل ﴿ التاسع ﴾
الدعوى على الميت دعوى واحدة فيكفي يمين واحدة من المدعي وان
تعددت ورثة الميت فلا يلزم الحلف لكل واحد منهم وهذا بخلاف
ما اذا كان المدعي ورثة صاحب الحق فان يمين واحد منهم لا تكفي عن البقية بل يلزم
على كل واحد اليمين على مقدار سهمه كما مر ﴿ العاشر ﴾ اليمين الاستظهاري
ليست من الحقوق القابلة للاسقاط اذ هي شرط متمم للحجة وهي البينة فلو اسقط
ورثة الميت حقهم من اليمين لم تسقط ولم يكف في ثبوت المدعى به نظير اليمين مع
الشاهد الواحد نعم اذا رضي المدعي باسقاط بعض حقه واخذ البقية بدون ان يحلف
جاز مع رضى ورثة الميت اذا كانوا كباراً او كان فيه المصلحة للصغار ايضا فيجوز
لهم وللقيم على الصغار المصالحة مع المدعي عما يدعيه ببعضه مع ترك اليمين
﴿ الحادي عشر ﴾ الظاهر وجوب كون الحلف للاستظهاري بتحليف الحاكم الشرعي

فلايكفي حلف المدعي بنفسه او تحليف الوارث كما انه لايكفي اقامة البينة للورثة وتحليفهم او تحليف الحاكم ولو اقام البينة عند حاكم وجب كون الحلف عنده فلو مات او غاب بعد اقامة البينة عنده لم يكف تحليف حاكم آخر من دون ان يجدد عنده اقامة البينة ﴿ الثاني عشر ﴾ اذا علم وارث الميت بالدين وبقائه الى حين الموت وجب عليه الاداء من تركته من دون حاجة الى يمين المدعي واما اذا لم يعلم بقائه فهل هو كذلك لاجراء الاستصحاب اولا الا بالحلف عند الحاكم وجهان ولو اقر بذلك عند الحاكم ففيه الوجهان المتقدمان في الموضع السابع ﴿ الثالث عشر ﴾ اذا ادعى على اثنين احدهما حي والاخر ميت واقام بينة ولم يحلف ثبت ما على الحي من نصف او ثلث مثلا دون ما على الميت ﴿ الرابع عشر ﴾ اذا ادعى على زيد مثلا ان وكيلك وهو عمرو اخذ مني قرضا عليك كذا والمفروض ان عمرو ميت فالظاهر ان هذه دعوى على الحي فلا تحتاج الى اليمين والميت ليس مدعى عليه وانما هو موضوع للدعى على الحي ويقرب منه ما لو ادعى على شخص ان اخاك او عمك مثلا قتل ني خطأ وانت عاقلته فعليك الديه والمفروض ان القاتل ميت فانه يمكن ان يقال انها دعوى على الحي دون الميت نعم لو وجه الدعوى على الوكيل في الفرض الاول وعلى القاتل في الفرض الثاني يكون من الدعوى على الميت ﴿ الخامس عشر ﴾ اذا اوصى الميت بان كل من ادعى على مقدارا فادفعوا اليه من تركتي بلا مطالبة بينة ولا يمين او مع البينة وبلا يمين فالظاهر انه وصية تخرج من ثلثه ولا يثبت الدين بمجرد ذلك ولايكون اقرارا نعم لو قال كل ما هو مكتوب في دفتري الفلاني فهو حق وكان فيه انه مديون لفلان بكذا كان اقرارا ولا يمين على المدعي بل في الفرض الاول اذا قال كل من ادعى على شيئا فهو صادق يمكن ان يكون اقرارا بحمله على علمه بان الذي يدعي عليه هو فلان وهو يطلب منه كذا ﴿ السادس عشر ﴾ اذا ادعى على زيد مثلا واقام على دعويه بينة مقبولة وهو حي فمات المدعى عليه قبل حكم الحاكم فالظاهر عدم الحاجة الى اليمين لثبوت الحق عليه وهو حي واما اذا مات قبل اقامة البينة او قبل ثبوت عدالتهما فهل هو كذلك اولا فوجهان او وجوه ﴿ السابع عشر ﴾ المقاصة من مال الميت مع العلم بثبوت الحق عليه لا تحتاج الى اليمين واذا كان له حق على ميت وامكنه الاثبات بالبينة لكنه

يريد الفرار من الحلف وان كان صادقاً يجوز له ترك الاثبات والمقاصة من ماله ولا يجب عليه الاثبات والحلف بل بعد اقامة البينة اذا اراد ترك الحلف والمقاصة فالظاهر جوازه ﴿ الثامن عشر ﴾ اذا ادعى على الميت ولم يكن له بينة لا تسمع دعويه وكذا اذا كان بحيث لا يقدر على الحلف كما في الدعوى الظنية حيث انه يعتبر في الحلف العلم بالاستحقاق فلا يجوز ان كان له حجة شرعية كما اذا شهد بحقه البينة وكان هناك استصحاب ونحو يجوز له حينئذ المقاصة الظاهر ذلك لكفاية استحقاقه في ظاهر الشرع ﴿ التاسع عشر ﴾ اذا كان عنده من مال الميت او كان مديوناً له وعلم باشتغال ذمة الميت لشخص فلا يجوز له بعد الاستيذان من حاكم الشرع احتياطاً ان يؤدي دينه مما عنده او في ذمته بشرط العلم بانه لو اخبر ورثته بذلك لا يؤدون دينه ولا حاجة الى يمين ذلك الشخص ﴿ المتمم للعشرين ﴾ اذا ادعى ان الميت اوصى له او اليه فهل يحتاج بعد اقامة البينة الى اليمين مقتضى عموم التعليل ذلك اذ لا فرق بين دعوى القرض وبين دعوى الوصية بالمال في كون كليهما دعوى على الميت لكن ظاهر كلماتهم في باب الوصية عدم الحاجة اليها فيشكل الاعتماد على التعليل بملاحظة ذلك وبملاحظة عدم التزامهم باعتبار الحلف في كثير من الدعاوى مع جريان العلة فيها كما في دعوى الوصي اشتغال ذمة الميت بخمس او زكوة او مظالم او كفارة او صلوة او صوم او نذر او شرط في ضمن عقد او نحو ذلك اذ مقتضى اصالة الحاجة الى اليمين ومع امتناعها عدم سماع البينة مع ان الظاهر عدم التزامهم بذلك وايضاً ظاهرهم عدم الحاجة اليها في دعوى النكاح المستتبع للمال من طرف الارث او الطلاق او الرجوع كذلك وكذا في دعوى النسب المستتبع للارث وكذا في دعوى القتل الذي هو شبيه العمد الى غير ذلك فمن هذا يشكل التعويل على التعليل لكونه موهوناً بعدم العمل به في ساير المقامات ويقرب حمله على التقريب والتمثيل كما ذكره النراقي في بعض الفروع المتقدمة ولازم ذلك اختصاص الحكم المذكور بدعوى الدين كما هو مورد الخبرين ويشكل ما ذكرنا من الحاجة اليها في الفروع المتقدمة وان كان الاحوط مراعاة ما ذكرنا مع رضى المدعي بالحلف هذا مع امكان حمل الخبرين على الاستصحاب كما حمل عليه خبر سلمة بن كهيل المتقدم

﴿ § ﴾

﴿ الفصل السابع في الشاهد واليمين ﴾

﴿ مسئلة ١ ﴾ لاخلاف ولا اشكال عندنا في جواز القضاء بالشاهد الواحد ويمين المدعي في الجملة بل عليه اكثر العامة ايضاً خلافاً لابي حنيفة واتباعه ويدل عليه الاخبار المستفيضة التي جملة منها في حكاية قضاء رسول الله ص وامير المؤمنين عليه السلام وكذا لا خلاف ولا اشكال في عدم القضاء بهما في حقوق الله تعالى ويدل عليه صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر ع لو كان الامر الينا لاجزنا شهادة الرجل الواحد اذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس فاما ما كان من حقوق الله تعالى او رؤية الهلال فلا وايضاً سائر ما اشتمل من الاخبار على عدم ثبوت الهلال بهما بناء على كونه من باب المثال وانما الكلام في انه هل يقضى بهما في حقوق الناس كلها حتى مثل الطلاق والخلع والرجعة والعتق والتدبير والكتابة والنسب والوكالة والوصاية وعيوب النساء وغير ذلك مما ليس مالا او يختص بخصوص الاموال او بخصوص الدين خاصة فالمشهور على الاختصاص بالاموال وجعلوا ضابطها المال كالدين والقرض والغصب والاحتطاب والالتقاط ونحوها او ما يقصد منه المال كعقود المعاوضات من البيع والصلح والاجارة والقراض والهبة ونحوها كالوصية بالمال والجنايات الموجبة للدية وغيرها بل عن الشيخ والحلي الاجماع عليه وعن المختلف نفي الخلاف فيه لكن عن الكفاية والاستبصار والمراسم والغنية والاصباح والكافي اختصاص القضاء بهما بالدين وعن الغنية الاجماع عليه واما الوجه الاول وهو التعميم فلم ينقل قائل صريح به نعم عن الكفاية الميل اليه حيث انه قال فان لم يثبت اجماع على التخصيص كان القول بالعموم غير بعيد ويظهر من صاحب الجواهر اختياره الا في ما ثبت الاجماع على عدم ثبوته بهما وجعل الضابط كلما تشرع فيه اليمين المردودة قال وبالجملة كلما يشرع فيه رد يمين الانكار على المدعي يشرع فيه الشاهد واليمين لان الظاهر ان هذه اليمين يمين المنكر صارت للمدعي الذي له شاهد وحينئذ فالاجتهاد في النصوص يقتضي الاختصاص بالدين او التعميم لكل حق الا ان الاصحاب على خلاف ذلك بل جعلوا الضابط المال او المقصود منه المال وفي المستند ما يعمم الثبوت في حقوق الناس كا يميل اليه في الكفاية او يخصص في الدين لكنه اختار الاختصاص بالدين

في آخر كلامه وما اختاره من الاختصاص بالدين هو الاقوى وفاقاً لمن عرفت لجملة من الاخبار المقيدة بالدين كخبر حماد سمعت الصادق ع يقول كان علي ع يجيز في الدين شهادة رجل ويمين المدعي وخبر ابي بصير عنه ع عن الرجل يكون له عند الرجل حق وله شاهد واحد قال فكان رسول الله (صلعم) يقضي بشاهد واحد ويمين صاحب الحق وذلك في الدين وخبر القاسم بن سليمان سمعت اباعبدالله يقول قضى رسول الله ص بشهادة رجل مع يمين الطالب في الدين وحده وخبر محمد عن ابي عبد الله ع كان رسول الله ص يجيز في الدين شهادة رجل واحد ويمين صاحب الدين ولم يكن يجيز في الهلال الا شاهدي عدل وذيل خبر داود بن الحصين ولا يجيز في الطلاق الا شاهدين عدلين قلت فاين ذكر الله عز وجل قوله فرجل وامرأتان قال ذلك في الدين اذا لم يكن رجلان فرجل وامرأتان ورجل واحد ويمين المدعي اذا لم يكن امرأتان قضى بذلك رسول الله ص وامير المؤمنين ع عندكم فمقتضى الجمع بينها وبين المطلقات ذلك ودعوى ان المراد بالدين في هذه الاخبار مطلق الحقوق المالية كما ترى مع انه لا دليل على القولين الاخرين اما التعميم فليس له الا دعوى اطلاق لفظ الحق ولفظ الحقوق في الاخبار وهو محل منع اذ جملة منها حكاية قضاء النبي ص والوصي ع وهي حكاية فعل لا عموم فيه وايضاً هذه الاخبار في مقام بيان اصل الجواز في مقابل قول ابي حنيفه وليست بصدد البيان الا في الجملة فلا اطلاق فيها وعلى فرضه يقيد بالاخبار المقيدة بالدين مع ان هذا القول موهون بعدم القائل به صريحاً الا من عرفت ﴿ واما القول الثاني ﴾ فكذلك لا دليل عليه ولا اشارة في شيء من الاخبار اليه ولا الى الضابط المذكور له مع ان كلامهم في تعيين ما يدخل في الضابط وما لا يدخل في غاية التشويش والاختلاف بل يختلف كلام شخص واحد في كتابين بل في كتاب واحد كما يظهر بالمراجعة مع انه يمكن ان يقال في اغلب حقوق الناس مما اخرجوه من الضابط ان المقصود منها المال وقد تمسك للمشهور من القضاء بها في الحقوق المالية كلها بما في الخبر الوارد في قضية درع طلحة من انكار امير المؤمنين ع على شريح في قوله بعد ما شهد الحسن ع بانها درع طلحة اخذت غلولا يوم البصرة هذا شاهد واحد ولا اقضي بشهادة شاهد حتى يكون معه آخر فانه صلوات الله عليه خطأه وقال قد قضى رسول الله ص بشهادة واحد ويمين فانه يدل

على كفايتهما في مثل الدرع وهي عين وليست من الدين فيظهر منه عدم الاختصاص بالدين ويتم في غيره بعدم القول بالفصل وفيه ان انكاره ع على الاطلاق قول شريح لااقضي بشهادة واحد حتى يكون معه آخر لاعلى عدم حكمه في خصوص المورد مع انه ممالا يقبل ضم اليمين لانها على مال الغير ومع ذلك كله لايبعد الحاق دعوى العين بالدين في الثبوت بالشاهد واليمين لاغير (مسئلة ٢) الاقوى ماعن الاكثر من جواز القضاء بشهادة امرأتين مع يمين المدعي لكونهما بمنزلة رجل واحد ويدل عليه خبر منصور بن حازم قال حدثني الثقة عن ابي الحسن ع انه قال اذا شهدت لصاحب الحق امرأتان ويمينه فهو جائز وحسنة الحلبي عن ابي عبدالله ع ان رسول الله ص اجاز شهادة النساء مع يمين الطالب في الدين يحلف بالله ان حقه لحق فلاوجه لماعن ابن ادريس من المنع عنه وكذا ماعن التحرير في كتاب القضاء مع انه في باب الشهادات منه جزم بالقبول من غير نقل خلاف (مسئلة ٣) المراد بالدين كل حق مالي في الذمة كعوض القرض وثمن المبيع ومال الاجارة والمهر المتعلق بالذمة والنفقة وعوض ماتلفه او غصبه ونحو ذلك والمراد بكون الدعوى ديناً ان يكون هو الغرض والمقصود من الدعوى سواء لم يذكر السبب اوذكره ولكن لم يكن الغرض من ذكره اثباته بل كان الغرض المبلغ الذي جاء من قبله فلوادعى عشرة دنانير مثلاً وقال انها من طرف البيع اوالاجارة اوالمهر في النكاح كان من دعوى الدين وان ادعى البيع اوالاجارة وكان غرضه نفسهما لايكون من دعوى الدين وان كانا يستتبعان المال والحاصل اذا لم يذكر السبب اصلا فلااشكال في انه من دعوى الدين وان ذكره فان كان الغرض بيان وجه اشتغال ذمته لايخرج عن دعوى الدين وان كان هو المدعى به يكون متعلقة بغير الدين فالمناط ماهو المقصود بالذات من الدعوى من السبب اوالمال المترتب عليه (مسئلة ٤) المشهور انه يشترط في الشاهد واليمين تقديم الشاهد واثبات عدالته على اليمين فلو قدم اليمين صارت لغواً ووجب اعادتها بل قيل لاخلاف فيه ولعله من تقديم الشاهد على اليمين بحسب الذكر في الاخبار والافلادليل عليه ولذا عن بعضهم التأمل في الشرط المذكور كالكفاية وينبع بل اختار بعضهم عدمه كصاحب المستند ونقله عن شارح المفاتيح وقديذكر له بعض الوجوه الاعتبارية التي لا اعتبار بها

ويكفي ان كان هو الاحوط بل لا يترك لان الاصل عدم ثبوت الحق بعد عدم الاطلاق لما عرفت من الترتيب الذكري في الاخبار (مسئلة ٥) الظاهر ان في الشاهد واليمين الحجة مركبة منهما فكل منهما جزء الحجة كما هو الظاهر من الاخبار وربما يحتمل كون الحجة هو الشاهد وكون اليمين شرطاً لكنه ضعيف مخالف لظاهر الاخبار واضعف منه احتمال كون الحجة هي اليمين لانها جزء اخير للعلة والمعلول انما يثبت بعدها وعلى ماذكرنا فلو رجع الشاهد بعد الحكم يكون ضامناً لنصف المدعى به كما في رجوع احد الشاهدين بخلافه على الاحتمالين فانه في الاول منهما يضمن الكل وفي الثاني لا يضمن اصلا كذا يظهر من بعضهم لكن لا يبعد ضمان النصف عليهما ايضاً لكفاية المداخلة في الثبوت للضمان ﴿ مسئلة ٦ ﴾ اذا اقام شاهداً واحداً ومات قبل ان يحلف قام وارثه مقامه في الحلف من غير حاجة الى اعادة الشهادة على الاقوى وان استشكل فيه في القواعد ولا فرق في ذلك بين ان يكون مورثه بانياً على الحلف قبل موته او كان ناكلا عنه لان هذا النكول ليس كالنكول عن اليمين المردودة في كونه مسقطاً للحق ولذا لو حصل له شاهد اخر وضمه الى الاول كفاه من غير حاجة الى الحلف فالنكول في المقام تأخير للدعوى لا مسقط للحق فما عن القواعد من انه ليس لولد الناكل ان يحلف لا وجه له ولا دليل عليه ثم ان الوارث انما يحلف لنفسه وان الحق له اذا كان عالماً بالحق لمورثه الى حين موته ولا يضر هذا المقدار من المغايرة بين الحلف والشهادة لانه قائم مقام مورثه وبمنزلته لكن عن كشف اللثام انه يحلف على انه كان لمورثه وانه لا يكفيه هذا الحلف الا اذا لم يثبت المدعى عليه البرائة او الانتقال ولم يحلف على عدم استحقاق الولد بخلاف الوالد فانه يحلف على استحقاقه الان (وفيه) اولا انه لا مانع من الحلف على انه له مع علمه بكونه لمورثه الى حين الموت (وثانياً) اذا حلف على انه لمورثه لعلمه بكونه له الى حين موته ايضاً يكفيه ولا يحتاج الى قيد نعم لو لم يعلم بقاء الحق ليس له الحلف كما ان مورثه ايضاً كذلك ولا فرق بينهما هذا مع الاغماض عن الاشكال في الحلف على انه كان لمورثه من حيث انه حلف على مال الغير فتأمل (مسئلة ٨) لا تثبت دعوى الجماعة مالاً مشتركا بينهم بسبب واحد من ارث او غيره مع شاهد واحد الا بحلف الجميع فلو حلف البعض دون البعض ثبت حصة الحالف دون غيره لان الدعوى وان كانت

واحدة بسبب واحد الا انها تنحل الى دعاوى متعددة وباثبات البعض لا يثبت غيره وايضا لا يثبت بالحلف حق غير الحالف اذ لا يجوز الحلف على مال الغير نعم عن المقدس البغدادي كفاية حلف واحد ان لم يكن اجماع لان الحق واحد وربما يحتمل من جهة وحدة الحق توقف ثبوت حصة الحالف ايضاً على حلف الجميع لكنه ايضاً خلاف الاجماع وهل يشترك ساير الشركاء في حصة الحالف من جهة اقراره بالشركة اولا نقول اما اذا تصرف فيها على اشاعتها كما اذا باعها او وهبها من غيره او ابرء ذمة الغريم عنها فلا اشكال في عدم الشركة لان المفروض ثبوت حصته فقط والاقرار بالشركة في اصل الحق لا ينافيه واما اذا قبضها من المدعى عليه فان كانت الدعوى عيناً شاركه غيره فيها لاعترافه بكونها مشتركة لا يجوز التصرف فيها الا برضا الكل ولا يلزم من هذا كون الحلف مثبتاً لمال الغير اذ الثابت حصته فقط ودفع المدعى عليه اليه مقدار حقه رفع للمانع فليس حلفاً على مال الغير ولا اثباتاً له بالحلف وان كانت الدعوى ديناً فالظاهر عدم شركة فيما قبضه لان الدافع دفعه اليه بعنوان حصته وقبض هو ايضاً كذلك والمناط في تعيين الدين قصد الدافع ولا يلزم من التصرف فيه التصرف في مال الغير كما كان في العين واقراره بالاشتراك في اصل الحق لا يكون اقراراً بالاشتراك في هذا المقبوض ودعوى عدم جواز اخذ الدين المشترك الا باذن الجميع كما في العين مدفوعة بالمنع بعد انحلال الدعوى الى دعاوى وانحلال الدين الى ديون غاية ما يكون جواز الدفع والقبض بقصد الاشتراك ايضاً فيكون المقبوض مشتركاً ومن ذلك يظهر ما في مختار صاحب الجواهر من الاشتراك اذا اجاز الشريك القبض ويكون قصد الدافع والقابض لغواً وانه اذا لم يجز الشريك يبقى على ملك الدافع اذ ليس له تعيين حصة الشركاء من الحق المشترك بل الامر بيدهم وذلك لان المفروض انحلال الدين الى ديون والدعوى الى دعاوى فلا مانع من اخذ كل واحد حقه وحصته هذا وربما يحتمل كما عن كاشف اللثام حيث انه بعد ذكر التفصيل بين العين والدين قال ويحتمل الشركة يعني في الدين وان لم يحلف لا لاعتراف القابض بالشركة بالاشاعة وان القسمة بغير اذنه فباعترافه لم يقع موقعها ويحتمل العدم مطلقاً للحكم بانتزاع ما قبضه فهو ابلغ من القسمة بالتراضي بل يظهر ذلك من عبارة الشرايع ومن عبر بمثله حيث قال ولو حلف بعض اخذ ولم يكن للممتنع معه شركة ويمكن ان يوجه بان الممتنع من الحلف

بامتناعه ابطل حجته فبطل حقه في الظاهر وكان حكم الشارع بذلك تقسيم ظاهري قهري مع انه لولا ه يلزم الضرر على الحالف لعدم امكان اخذ حقه بدون اذن الشركاء فتبين ان الاحتمالات ثلثة الاشتراك مطلقا عيناً وديناً وعدمه مطلقا والتفصيل وهو الاظهر هذا ورعا يستشكل ماذكرنا من عدم الشركة في الدين بانه مخالف لماذكره المشهور في باب الشركة من ان احد الشريكين اذا قبض حصة من الدين المشترك شاركه الاخر فيما قبضه الااذا اجاز قبضه لنفسه وكذا يقولون اذا اقر المدعى عليه لاحد المدعيين شاركه الاخر فيما قبضه ويمكن دفعه بان نظرهم فيما ذكروه ليس الى مقتضى القاعدة بل الى الاخبار الواردة في عدم جواز قسمة الدين وانه اذا قبض احد الشريكين ماجعل له ونوى ما للاخر شاركه فيما قبضه مع ان المتيقن بل الظاهر من تلك الاخبار صورة تعدد الدين واحالة كل منهما حصته من احدهما الاخر فلا تشمل صورة اشتراك دين واحد وايضاً يحتمل ان يكون ذلك من جهة عدم لزوم القسمة لا عدم صحتها وايضاً يحتمل انه لا يكون المراد منها قسمة الدين بل التباني على ان يأخذ كل منهما ديناً معيناً بعنوان الاشتراك ثم يتملك بدل ما يأخذه الاخر من دين اخر وعلى هذا فلا دلالة فيها على عدم الصحة في صورة تعدد الدين ايضاً وكيف كان فالاظهر ماذكرنا ﴿ مسئلة ٨ ﴾ اذا مات الحالف قبل الاستيفاء وكان وارثه الناكل استوفى اذا لم يكذب الحالف (مسئلة ٩) اذا كان المدعي قيم الصغير او المجنون واقام شاهداً واحداً ليس له الحلف بل يوقف الى ان يبلغ الصغير ويفيق المجنون ولو اقتضت المصلحة طي الدعوى بالمصالحة مع المدعى عليه جاز ولو مات قبل البلوغ كان لوارثه الحلف ولا حاجة الى اعادة الشهادة وليس للقيم مطالبة الكفيل قبل البلوغ لعدم ثبوت الحق (مسئلة ١٠) لو امكن اثبات المدعى به بشاهدين يشكل الاكتفاء بشاهد ويمين الا اذا كان عسراً بل يظهر من بعض الاخبار كونه بعد فقد رجل وامرأتين ايضاً ففي المرسل استخراج الحقوق باربعة وجوه بشهادة رجلين عدلين فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فاذا لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعي الخ ﴿ مسئلة ١١ ﴾ اذا ادعى الورثة ديناً لمورثهم على احد واقاموا شاهداً واحداً وحلفوا لا اشكال في ثبوت حصتهم فهل يثبت بذلك وصيته ايضاً اذا كان قد اوصى اولا الظاهر ثبوتها اذا كانت عهدية بان قال اعطوا

فلانا وهكذا لو اصرفوا على الفقراء وهكذا على القول بان الموصى به ملك للورثة ويجب عليهم تأديته لانه حينئذ على ملكهم بل وهكذا على القول ببقائه على ملك الميت على ما هو ظاهرهم من قيامهم مقامه ونيابتهم في الدعوى واما اذا كانت تمليكية فيشكل ذلك بناء على عدم جواز الحلف على مال الغير وان كان يمكن ان يقال بثبوتها ايضاً لانه يصير مالا للميت قبل موته وينتقل الى الموصى له بعده وعلى الاول فان كان الموصى له شخصاً معيناً له ان يحلف ويأخذ وان كان جماعة مثل الفقراء المعينين فان كانوا محصورين فكذلك لكل واحد منهم ان يحلف ويأخذ حصته على اشكال وان كانوا غير محصورين فليس لواحد منهم الحلف لان المالك حينئذ هو النوع فلابد في ثبوتها من شاهدين او رجل وامرأتين وهل لهم شركة مع الورثة في حصتهم مع اقرارهم بالوصية الظاهر الفرق بين الدين والعين المأخوذة على القول بثبوت العين ايضا بالشاهد واليمين (مسئلة ١٢) اذا ادعى غريم الميت مالا له على غيره واقام شاهداً واحداً ليس له ان يحلف لعدم كونه مالكا وليس له اجبار الوارث على الحلف نعم اذا حلف الوارث استحق الغريم استيفاء دينه منه بناء على ان التركة مع الدين تنتقل الى الوارث وان كان يجب عليه صرفها في الدين واما بناء على بقاء مقدار ما يقابل الدين على ملك الميت او على حكم ملكه فربما يستشكل في حلفه لعدم جواز الحلف على مال الغير لكن ظاهرهم كما في الجواهر الاتفاق على جواز حلفه على كل حال لان له تعلقا به اذ يجوز له اداء الدين من الخارج ولانه اذا ابرئه الديان تكون له فهو قائم مقام الوارث في ذلك والاولى ان يقال بعدم الدليل على عدم جواز الحلف على مال الغير حتى مثل المورث ثم ان ما ذكر من عدم جواز حلف الغريم انما هو اذا حلف على ان المال للميت واما اذا حلف على ان له حقا في استيفاء دينه من هذا المال فلا نسلم عدم جوازه لانه حينئذ حلف على حق نفسه وان لم يثبت به كونه مالا للميت ومثله ما اذا ادعى رهنا واقام شاهداً واحداً انه ملك للراهن المديون له فانه لا يجوز له الحلف على انه ملك للراهن لكن لو ادعى كونه رهنا عنده او ادعى ثبات حق الاستيفاء منه جاز له الحلف مع الشاهد الواحد (مسئلة ١٣) اذا ادعى مالا تعلق به الخمس او الزكوة على فرض كونه له الظاهر جواز اثباته بالشاهد واليمين وربما يستشكل

بالنسبة الى مقدار الخمس و الزكوة لانه حلف على مال الغير لكن قديدعى السيرة على جوازه ويمكن دفع الاشكال بان الانتقال الى السيد او الفقير فرع ثبوت كونه ملكا له فكانه يحلف على مال نفسه فتأمل (مسئلة ١٤) اذا ادعى بعض الورثة ان الميت وقف عليهم وعلى نسلهم داره مثلاً واقاموا شاهداً واحدا بناء على جواز القضآء فى مثل ذلك بالشاهد و اليمين فللمسئلة صورتان (الاولى) ان يكون الوقف ترتيبا بان يكون على الطبقة الاولى فان انقرضوا جميعاً فعلى الثانية وهكذا واما ان يكون وقف تشريك ففى الصورة الاولى امّا ان يحلفوا جميعاً او يمتنعوا جميعاً او يحلفوا بعضهم دون بعض فعلى الاول قضى لهم بالوقفية عليهم فلا يؤدى منها الديون و الوصايا ولا ميراث فيها واذا انقرضوا فهل يحتاج الطبقة الثانية الى الحلف او تثبت عليهم وعلى ساير الطبقات بحلف الطبقة الاولى الاقوى هو الثانى لان الطبقات المتأخرة وان كانوا يتلقون من الواقف الا ان الوقف بهذه الكيفية امر واحد مستمر فاذا ثبت من الاول ثبت فى حق الجميع كما ان قبولهم كاف عن ساير الطبقات وكذا قبضهم وذهب صاحب الجواهر الى الاول لان الطبقة الثانية كالاولى فى انه تتلقى من الواقف فيحتاج الى الحلف ايضاً وفى المسالك بناء المسئلة على القولين فى النقل من الطبقة الاولى او من الواقف قال فعلى الاول كما هو الاشهر لا حاجة الى اليمين والاظهر ما ذكرنا من انه امر واحد مستمر فلا حاجة اليها لذلك و الا فمن المعلوم ان التلقى من الواقف بالنسبة الى جميع الطبقات (وعلى الثانى) بان امتنعوا جميعاً يحكم بها ميراثا ويتعلق بها الديون والوصايا نعم حصة المدعين للوقفية بعد اخراج الديون والوصايا محكومة بالوقفية لتضمن دعويهم الاقرار بها وينفذ فى حق الطبقات المتأخرة ايضاً بلا اشكال وهل لاولادهم ان يحلفوا على وقفية جميع الدار اولا الظاهر ذلك اذا لم يطلب المدعون الحلف من المنكرين ولم يحلفوا لكن قد يستشكل بانه حينئذ يصير من الوقف المنقطع الاول لان المفروض عدم الحكم بالوقفية قبل طبقتهم ويمكن الجواب بان الانقطاع ظاهرى والا فالمفروض انهم كانوا يدعون وقفيتها من الاول وعدم الثبوت لعدم الحلف لا ينافى كونها وقفاً فى الواقع واحتمال الاتصال كاف (وعلى الثالث) وهو ما اذا حلف البعض دون البعض كما اذا كانوا ثلاثة مثلاً فحلف واحد منهم يثبت

فى نصيب الحالف من الوقف وهو الثلث فلا يخرج منه الديون والوصايا واما بالنسبة الى نصيب الناكلين فلا يثبت فيخرج منه الديون والوصايا والباقى يقسم على المنكرين نعم حصة ارثهما بعد اخراج الدين والوصية تكون وقفاً بمقتضى اقرارهما فلا ارث لهما فى الدار كما لا ارث للحالف فيها بمقتضى اقراره وبمقتضى اثباته للوقفية بالشاهد واليمين فلا وجه لما نقله فى الجواهر عن بعضهم من كون الفاضل ميراثاً للجميع حتى الحالف لاعتراف غيرهم من الورثة باشتراكه بينهم اجمع وان كان الحالف قد ظلم باخذه حصته بيمينه فلا يحسب عليه ما أخذه من حقه فى الباقى كما لا وجه لما ذكره فى الجواهر حيث انه بعد ما اورد على ذلك البعض بان الحالف معترف بانه لا يستحق الا ما اخذه قال نعم ان زاد نصيب مدعى الوقف ارثاً على نصيبه وقفاً كان الزايد مجهول المالك ولعله لذا قيل كما عن المبسوط التصريح بان الفاضل يقسم بين المنكرين من الورثة والذين نكلوا دون الحالف لانه مقر بانحصار حقه فيما اخذه والباقى لاخوته مثلا وقفا بل الظاهر ايضاً كون الزايد من نصيبهم ارثاً على نصيبهم وقفا مجهول المالك نحو ما سمعته فى الاول (انتهى) اذ لا وجه لكونه مجهول المالك بعد ان كان المفروض اعترافهم بكونه وقفا فنفيهم ليس مطلقا بل فى ضمن الاعتراف بكونه وقفا فلا ينبغى الاشكال فى عدم ارثهم ولا فى كون نصيبهم وقفا نعم نصيب الحالف وقف من غير ان يخرج منه الديون والوصايا ونصيب الناكلين من بعد اخراجهما ثم ان حصة الحالف وهى الثلث فى المثال المفروض تختص به فلا يشترك معه الناكلان فيها اذا تصرف فيها مشاعا نعم اذا اخذها مفروزة يشترك فيها معه الناكلان بمقتضى اقراره كما فى ساير المقامات مما يثبت فيه حصة بعض الشركاء فى عين دون بعض ثم اذا مات الناكلان انتقل ما اقر ابوهما به من ميراثهما بعد اخراج الديون والوصايا الى الحالف دون ورثتهما لانه مقتضى اقرارهما واذا مات الحالف انتقل ما اثبته من ثلث الدار الى الناكلين ولا وجه لما ذكره صاحب المسالك من ان فيه وجوها ثلاثة كما انه لا وجه لما ذكره صاحب الجواهر من ان الزايد من نصيب ارثه يرجع الى المنكرين للوقف بدعوى انقطاع حكم يمينه بموته لمنع الانقطاع ما دامت الطبقة الاولى باقية والا لزم ان يقال فى الفرض الاول وهو ما اذا حلفوا جميعا انه اذا مات احدهم ينتقل الزايد

من نصيب ارثه الى المنكرين مع بقاء بعض اهل الطبقة ثم لا يخفى ما في ساير ما ذكره صاحب المسالك والجواهر مما لم نتعرض له من الاشكال والتأمل واما الصورة الثانية فهي كالاولى فيما مر لنم في هذه الصورة اذا تجدد واحد يكون شريكاً مع الموجودين من الحالفين مثلاً اذا كانوا ثلاثة فتولد لاحدهم ولد يشترك معهم فتكون القسمة رباعية بعدما كانت ثلاثية وهكذا اذا تولد ولد اخر واذا مات واحد يكون نصيبه للبقية فتكون القسمة بعدما كانت رباعية مثلا ثلاثية وهكذا والظاهر عدم الحاجة الى الحلف في اشتراك المتجدد كما اخترنا في الصورة الاولى بالنسبة الى الطبقات المتأخرة لكن المحقق مع قوله بعدم الحاجة اليه فيما ذكر الحاجة اليه في هذه الصورة قال لان البطن الثاني بعد وجوده يعود كالموجود وقت الدعوى وفي الجواهر بلا خلاف اجده فيه وانت خبير بعدم الفرق بين الصورتين في التلقي من الواقف وفي الاخذ من يد السابقين وفي كون الوقف امراً واحداً مستمراً وعلى ماذكرنا فالمتجدد من حين تولده يصير شريكا من غير حاجة الى اليمين بعد البلوغ وعلى ماذكروه لا يعطى الا بعد بلوغه وحلفه وحينئذ فهل يعزل له حين تولده اولا وعلى الاول هل يدفع الى وليه اوالى امين حتى يبلغ وجوه احوطها الاخير ثم اذا لم يحلف بعد بلوغه لعدم علمه اولغير ذلك ففي رجوع حصته الى المنكرين لعدم ثبوت وقفيتها لو الى الحالفين لصيرورته بعدم حلفه كالمعدوم اوصرفه عليه لاقرار الحالفين باستحقاقه اوعلى الناكلين اوجريان حكم الوقف الذي تعذر مصرفه وجوه اقويها الاول ثم ان ظاهرهم انه اذا ثبتت الوقفية بالبينة تكفي لسائر الطبقات من غير حاجة الى الاثبات من كل منهم مع ان ماذكروه من الوجه في حاجتهم الى الحلف مع الشاهد الواحد وهو كونهم متلقين من الواقف جار في البينة ايضاً لان مقتضى ماذكروه ان الوقف على البطون بمنزلة اوقاف عديدة فكل واحد منها يحتاج الى الاثبات خصوصاً اذا كان المنكر في كل طبقة غير المنكرين في الطبقة السابقة ثم لا يخفى انه على قولهم لا يكفي في المتجددين والطبقات المتأخرة ضم الحلف الى الشاهد الواحد الذي اقاموه من الاول بل لابد من تجديد اقامة الشاهد خصوصاً اذا تعدد الحاكم الذي يحلفون عنده

(مسئلة ١٥) اذا كانت جارية وولدها بيد عمرو مثلاً فادعى زيد انها مملوكته وام ولده وانكر عمرو فاقام زيد شاهداً واحداً وضم اليه الحلف ثبت كونها مملوكة

له بناء على الحوق دعوى العين بالدين في الثبوت بالشاهد واليمين ويحكم بمقتضى اقراره بانها ام ولده فيجري عليها حكم ام الولد وهل يحكم بلحوق الولد به وحريته قد يقال بالعدم لان النسب لا يثبت بالشاهد واليمين نعم يحكم بحريته اذا انتقل اليه بعد ذلك لاقراره لا معجلا والاظهر ثبوت حريته فعلا ايضا لا لانه مقتضى التبعية للام كما اذا ثبت غصب جارية لان المفروض انه في يد عمرو وظاهره الملكية وهو مقدم على قاعدة التبعية بل لان الولد ايضا متعلق الدعوى فيرجع الى دعوى المال لانه مال لمن هو في يده ولا يلزم ان يكون مالا للمدعى ايضا حتى يقال ان الحر لا يكون مالا ودعوى ان الحرية ان قلنا بثبوتها بالشاهد واليمين انما هو فيما لا يكون تابعا لما لا يثبت بهما الا في مثل المقام الذي هو تابع للنسب الذي لا يثبت بهما مدفوعة بمنع قدح مثل ذلك بعد كونه متعلق الدعوى ومرجعها الى دعوى المال فهي تثبت وان لم يثبت متبوعها كما في ساير مقامات التفكيك مثل السرقة بالنسبة الى المال فالنسب لا يثبت بهما لكن الحرية تثبت بهما نعم النسب ايضا يثبت بالاقرار ﴿ مسئلة ١٦ ﴾ اذا ادعى عبداً في يد غيره انه كان له وانه اعتقه واقام شاهداً او احدا وحلف فالظاهر ثبوت دعويه بناء على القضاء بالشاهد واليمين في دعوى العين وعدم اختصاصه بالدين كما عن الشيخ حيث قال يحلف مع شاهده ويستنقذه وذلك لانه يدعي ملكا متقدما وحجته تصلح لاثباتها ولا يضر اعترافه بعتقه وعدم كونه مالا له فعلا اذا كان له غرض في هذه الدعوى ولو مثل اثبات ولاء العتق عليه وحينئذ فيترتب عليه حرية العبد لاقراره بعتقه ولو فرضنا ان مرجع دعويه الى ادعاء الحرية فنقول هذه ايضا دعوى مال وهو العبد الذي يكون محكوما في الظاهر بكونه مالا لذي اليد وان لم يصر مالا للمدعى لاقراره اذ يكفي كونه مالا للمدعى عليه كما عرفت في المسئلة المتقدمة فلا وجه لما في الشرايع من عدم الثبوت لانه لا يدعي مالا وانما يدعي حرية العبد وهي ليست مالا ﴿ مسئلة ١٧ ﴾ يثبت بشهادة اربع نسوة ما يعسر اطلاع الرجال عليه كالولادة والاستهلال والعذرة وعيوب النساء الباطنة كالقرن ونحوه للنصوص المستفيضة منها صحيح بن سنان تجوز شهادة النساء وحدهن في كل ما لا يجوز للرجال النظر اليه وتجوز شهادة القابلة وحدها في المنفوس ومنها الخبر تجوز شهادة النساء في العذرة وكل عيب لا يراه الرجال وتقبل شهادة الامرأة الواحدة في ربع ميراث

المستهل وكذا في ربع الوصية وبشهادة المرأتين فيهما في النصف وبالثلاث ثلاثة ارباع وبالاربعة التمام منهما والتفصيل في كتاب الشهادات

﴿ الفصل الثامن في سكوت المدعى عليه عن الجواب او الجواب بقوله لا ادري ﴾

(مسئلة ١) اذا سكت المدعى عن الجواب بعد مطالبته فان كان ذلك لعذر من جهل بوجوب الجواب او عدم معرفته باللسان او من صمم او خرس او نحو ذلك ازال الحاكم عذره بما يناسب وان كان لا لعذر الزمه بالجواب اولاً بالرفق واللين ثم بالشدة والغلظة متدرجا من الادنى الى الاعلى على حسب مراتب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر فان اجاب فهو وان اصر على السكوت عناداً ولجاجا فعن جماعة انه يحبس حتى يجيب وهو المحكي عن المفيد والشيخ في النهاية والخلاف والديلمي وابن حمزه ونسب الى كافة المتأخرين وقيل وان لم يعرف قائله انه يجبر عليه بالضرب والاهانة وعن المبسوط والسرائر وبعض المتأخرين ان الحاكم يقول له ثلثاً ان اجبت والا جعلتك نا كلاً ورددت اليمين على المدعى فان اصر رد اليمين على المدعى بل عن المبسوط انه الذي يقتضيه مذهبنا وعن السرائر انه الصحيح من مذهبنا واقوال اصحابنا وعن القاضي انه ظاهر مذهبنا وعن بعضهم التخيير بين الحبس والرد واستدل للقول الاول بانه مروى لكن عن جماعة عدم العثور على هذه الرواية وربما يحتمل ان يكون المراد خبر "لى الواجد يحل عقوبته وعرضه بناء على ان المراد من العقوبة هو الحبس لكن الظاهر من الواجد واجد المال لا الواجد للجواب مع ان كون المراد من العقوبة خصوص الحبس ممنوع وربما يستدل عليه بالاخبار الواردة في ان امير المؤمنين ع كان يحبس الغريم باللى والمطل وفيه انها في صورة ثبوت الدين فلا دخل لها بالمقام الا ان يستدل بفحويها وفيه تأمل وقد يستدل عليه بان الجواب واجب والضرب والاهانة خلاف الاصل ولا دليل على اجراء حكم النكول فيتعين الالزام بالجواب بالحبس وفيه ما لا يخفى مع ان القول بالحبس يوجب الضرر على المدعى بالتأخير بل ربما يؤدي الى ضياع المال واستدل للقول الثاني بادلة الامر بالمعروف والنهي عن المنكر على مراتبها حتى ينتهي الى الضرب وفيه انه لا تعين الضرب والاهانة فيمكن بالحبس بل هو اهون وايضاً جواز الايذاء بالضرب مع كون الرد على المدعى اردع لا دليل عليه واستدل للقول الثالث بان الاصرار على عدم الجواب

نكول او اولى منه لانه امتناع عن اليمين وعن الجواب وفيه ان كونه نكولا ممنوع مع ان لفظ النكول لم يرد في شيء من الاخبار حتى يدور الحكم مدار صدقه وبانه اذا اجاب اما يجيب بالاقرار او بالانكار والاول مثبت للحق والثاني يوجب اجراء حكم النكول عليه وفيه عدم حصر الجواب فيهما فلعله يجيب بجواب آخر وايضا لعل سكوته لعذر بان يكون قد ادى الحق ويخاف من الاقرار لعدم البينة وكون الانكار كذبا او لا يدري ان له ان يجيب بالاعم بان يقول لست مشغول الذمة ولا يعرف التورية ليتفصى بها والاقوى هو القول الثالث لا لما ذكر بل لان اجراء حكم النكول من القضاء به او بعد رد الحاكم الحلف على المدعي ليس معلقا على صدق النكول بل على عدم الحلف من غير تقييد بكونه بعد الانكار وايضا غير المرسل المعروف وهو قوله ص البينة للمدعي واليمين على من انكر من ساير الاخبار المستفيضة مشتملة على قوله ع واليمين على المدعى عليه ويصدق على الساكت المصر على السكوت في المقام انه مدعى عليه فيعرض عليه الحلف فاذا لم يحلف فاللازم الزامه بالحق بناء على الحكم بالنكول او بعد رد الحاكم اليمين على المدعي وحلفه على القول الآخر مع انه يمكن الاستدلال بخصوص صدر خبر البصري على طريق (يب وفي) وهو قلت للشيخ (يعني موسى بن جعفر ع) اخبرني عن الرجل يدعي قبل الرجل الحق فلا يكون له البينة بماله قال فيمين المدعى عليه فان حلف فلا حق له وان لم يحلف فعليه بل بذيله ايضا وهو قوله ع لو كان حيا لالزم باليمين او الحق او يرد اليمين فانه يدل على الزامه بالحق اذا سكت ولم يحلف ولم يرد بل الظاهر من الموضعين من الخبر الالزام بالحق بمجرد عدم الحلف وعدم الرد من غير حاجة الى رد الحاكم اليمين على المدعي ودعوى ان قوله عليه السلام او يرد انما هو بصيغة المجهول والمراد رد الحاكم مدفوعة بانه خلاف الظاهر كما لا يخفى ﴿ مسئلة ٢ ﴾ اذا كان سكوت المدعى عن عذر من صمم او خرس او جهل باللسان او نحو ذلك توصل الى معرفة جوابه بالاشارة المفهمة او المترجم واللازم كون المترجم اثنين عادلين ولا يكفي عدل واحد لانه من باب الشهادة ولا وجه لما في الجواهر من انه قد يحتمل في اصل الترجمة للفظ انها من قرائن الظن بالمراد فلا تعتبر العدالة فضلا عن التعدد ولذا امر بالتامل بعده (مسئلة ٣) اذا ادعى عذرا في تأخير الجواب واستمهل في التأخير امهله الحاكم بمقدار ما يراه مصلحة

(مسئلة ٤) اذا اجاب المدعى عليه بقوله لاادري فاما ان يصدقه المدعى فى هذه الدعوى اولا فعلى الاول انكان للمدعى بنية على دعويه فهو والافلا حق له لان المفروض تصديقه فى عدم علمه ومعه ليس مكلفاً بالاداء فى مرحلة الظاهر لان الاصل برائة ذمته والمدعى ايضاً معترف بذلك فلايجوز له مطالبته ودعوى انه يصدق عليه المدعى وكل دعوى مسموعة يكون الفصل فيها بالبينة او اليمين وكونه مصدقاً له فى برائته بحسب تكليفه الظاهرى لاينافى صدق المنازعة ومعه لابد من فاصل مدفوعة بمنع كون دعويه مسموعة مع فرض عدم البينة وعدم امكان الحلف على الواقع لعدم العلم به ولا على الظاهر لتصديقه له فى برائته بحسب الظاهر ودعوى ان مقتضى عموم مثل قوله ع انما اقضى بينكم بالبينات والايمان وقوله ع استخراج الحقوق باربعة وقوله ع احكام المسلمين على ثلاثة شهادة عادلة ويمين قاطعة وسنة ماضية وقوله تع اقض بينهم بالبينات واضفهم الى اسمى عدم قطع الدعوى الا بالحلف وحيث لايمكن منه فلابد من رده اورد الحاكم الحلف على المدعى مدفوعة بان المراد بقرينة ساير الاخبار يمين المدعى عليه مع ان مقتضى قوله ع البينة للمدعى الخ عدم كون اليمين وظيفة المدعى الا فيما ثبت بالدليل ودعوى شمول اطلاقات اخبار رد اليمين على المدعى للمقام مدفوعة بان الظاهر منها ثبوت اليمين على المدعى عليه لامثل المقام الذى لايمكن تعلقها به هذا والتحقيق ماعرفت من عدم صحة الدعوى بعد اعتراف المدعى عليه فى ظاهر الشرع ومنه يندفع مايقال من ان مقتضى الاصل العملى عدم انقطاع الدعوى بدون اليمين المردودة مع انه معارض بان الاصل عدم ثبوت الحق بها فى المقام وكذا يندفع مايمكن ان يقال من ان مقتضى قوله ع لوكان حياً لالزم باليمين اوالحق او رد اليمين الالزام بالحق او الرد بعد عدم امكان اليمين منه اذ هو مختص بصورة سماع الدعوى وصحتها مع ان الظاهر اختصاصه بالحى العالم وبالجملة لاينبغى الاشكال فى سقوط الدعوى مع عدم البينة واعتراف المدعى بعدم علم المدعى عليه وكون الاصل برائة ذمته فالمقام نظير الدعوى على الميت مع عدم البينة و اعتراف المدعى بعدم علم الوارث فانه لاخلاف فى سقوط دعويه حينئذ هذا ويمكن ان يستدل على ماذكرنا بالاخبار الواردة فى ادعاء رجل زوجية امرأة لها زوج وانه لاتسمع دعويه اذا لم يكن بينة كموثقة سماعة عن رجل

تزوج امرأة وتمتع بها فخذته ثقة او غير ثقة فقال ان هذه امرأتي وليست لي بينة قال ان كان ثقة فلا يقربها وان كان غير ثقة فلا يقبل بحمل قوله ع ان كان ثقة فلا يقربها على الاحتياط الاستحبابي ورواية يونس عن رجل تزوج امرأة في بلد من البلدان فسئلها الك زوج فقالت لا فتزوجها ثم ان رجلا اتاه فقال هي امرأتي فانكرت المرأة ذلك مايلزم الزوج فقال هي امرأته الا ان يقيم بينة وحسنة عبد العزيز ان اخي مات وتزوجت امرأته فجاء عمي فادعى انه كان تزوجها سرا فسئلتها عن ذلك فانكرت اشد الانكار فقالت ماكان بيني وبينه شيء قط فقال يلزمك اقرارها ويلزمه انكارها فان المفروض في هذه الاخبار عدم علم الزوج بصدق المدعي وكذبه والظاهر عدم الفرق بين دعوى الزوجية وغيرها (وعلى الثاني) وهو ما اذا لم يصدقه في دعوى عدم درايته فللمدعي عليه ان يحلف على عدم اشتغال ذمته فعلا بحسب الظاهر لانه منكر من هذه الحيثية فالمنكر قسمان منكر للاشتغال الواقعي ومنكر للاشتغال بحسب ظاهر الشرع وللمدعي ان يحلفه على نفي العلم ان ادعى علمه بثبوت الحق فان حلف كفى في سقوط الدعوى وان رد اليمين على المدعي او الحاكم ردها عليه فحلف ثبت حقه لكن هذا الحلف لا يوجب سقوط حقه واقعا حتى لا تسمع منه البينة بعد ذلك ولا يجوز له المقاصة لان القدر المسلم من ذلك ما اذا احلف على عدم الاشتغال واقعا نعم اذا استحلفه على عدم العلم لا تسمع بعد ذلك بينته على علمه فالمسئلة نظير الدعوى على الوارث باشتغال ذمة الميت فان حلف الوارث على نفي العلم ان ادعى عليه يوجب سقوط الدعوى فعلا ولكن لا يوجب عدم سماع البينة بعد ذلك ولا عدم جواز المقاصة فلا وجه لما قد يحتمل من عدم سقوط الدعوى في المقام بيمين نفي العلم وانه لا بد من رد اليمين على المدعي اذ لا فرق بين المقام وبين الدعوى على الوارث مع انه لا خلاف في كفاية حلف الوارث هذا اذا كانت الدعوى دينا واما اذا كانت متعلقة بعين في يده منتقلة اليه بشراء او ارث من ذي يد متصرف فيها بدعوى الملكية فالظاهر كما قيل عدم الخلاف في انه لو لم يكن للمدعي بينة ليس له تسلط على من في يده سوى اليمين على نفي العلم ان ادعاه عليه بل يمكن ان يقال بجواز حلفه على عدم الحق للمدعي على الميت اعتمادا على يد من انتقلت منه اليه كما يظهر من خبر حفص بن غياث فانه يظهر منه جواز الحلف اذا اشترى من ذي يد بل يظهر منه جواز

الشهادة باليد مع ان امر الشهادة اصعب لعدم جوازها الا مع العلم بمقتضى قوله على مثلها فاشهد او دع والخبر وهو انه قال له رجل اذا رأيت شيئاً في يدي رجل يجوز لي ان اشهد انه له فقال نعم قال الرجل اشهد انه في يده ولا اشهد انه له فلعله لغيره فقال ابو عبد الله ع فيحل الشراء منه قال نعم فقال ابو عبد الله ع فلعله لغيره فمن اين جاز لك ان تشتري ويصير ملكاً لك ثم تقول بعد التمليك هو لي وتحلف عليه ولا يجوز ان تنسبه الى من صار ملكه من قبله اليك ثم قال ابو عبد الله ع لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق بل وكذا اذا كانت في يده ولم يعلم حالها وانها انتقلت اليه من ذي يد مالك او من غيره وانها له فعلاً او لا فانه اذا ادعى عليه مدع وقال في جوابه لا ادري انها لي او لك يحكم بمقتضى يده انها له فاذا لم يكن للمدعي بينة وادعى عليه العلم بانها له جاز له ان يحلف على عدم العلم وتسقط به دعوى المدعي وتبقى في يده محكومة بانها له ولا يضر قوله لا ادري من اين صارت في يدي وانها في الواقع لي او ليس لي لكن قال في المستند في هذه الصورة ان رد اليمين على المدعي فحلف كانت له وان لم يدع عليه العلم او ادعى وحلف على نفي العلم لا يحكم بكونها له بل يقرع بينه وبين المدعي لانه يشترط في دلالة اليد على الملكية عدم اعتراف ذيها بعدم علمه بانه له او لا والاقوى ما ذكرنا كما سيأتي انشاء الله لمنع الشرط المذكور

﴿ الفصل التاسع اذا اجاب المدعى عليه بقوله ليس لي ﴾

وهو لغيرك ففيه صور (الاولى) ان يقر به لمعين حاضر كان يقول ليس لي وانما هو لزيد وحينئذ فان صدقه المقر له كان هو المدعى عليه فان كان للمدعي بينة على انه له اخذه والا فله احلاف المدعى عليه فان حلف سقطت دعويه عليه وكذا ان رد عليه الحلف او رد عليه الحاكم بعد نكوله ولم يحلف وان حلف بعد الرد عليه ثبت حقه ومع ثبوت دعويه بالبينة او اليمين المردودة واخذه للعين ليس له الدعوى على ذي اليد المقر لان ماله وصل اليه واما اذا لم يقدر على اخذها ولم يحلف بعد رد الحلف عليه او حلف المقر له فله الدعوى على ذي اليد لتغريمه حيث انه باقراره صار سبباً لتلف ماله وحينئذ فله ان يحلفه على عدم علمه بان العين كانت له فان حلف بريء وان رد عليه فحلف اخذ منه عوضها وليس له عينها لانها صارت للمقر له بالاقرار وكذا لو اقر للمدعي بعد

اقراره لغيره فانه يضمن قيمتها لا عينها فانقله في الكفاية عن بعضهم من استحقاقه العين حينئذ وانما يغرم للاول لاوجه له لان مقتضى اقراره الاول كونها للاول

(مسئلة ١) اذا لم يتمكن من المرافعة مع المقرله او علم بعدم تمكنه من اثبات دعويه جازله المرافعة من اول الامر مع ذي اليد واما مع تمكنه من ذلك واحتمال امكان اثبات دعويه هل يجوزله البداة بالمرافعة مع ذي اليد وتغريمه اولا فيه وجوه احدها الجواز لانه حال بينه وبين ماله باقراره فله اثبات ذلك وتغريمه (الثاني) عدمه لعدم معلومية تفويته ماله (الثالث) التفصيل بين صورة المشقة في المرافعة مع المقرله اوظن عدم امكان اثبات حقه عليه اوظنه عدم امكان المرافعة مع ذي اليد بعد ذلك لوقدم المرافعة مع المقرله فيجوز وبين غير هذه الصور فلايجوز والاظهر هو الوجه الاول وحينئذ اذا ترافع مع ذي اليد وغرمه جازله المرافعة مع المقرله ايضاً لاثبات نفس العين لتعلق غرضه بها واذا ترافع معه واخذها وجب عليه رد ما اخذ من ذي اليد غرامة لوصول حقه اليه (مسئلة ٢) لو اثبت المدعي بالبينة سبق اقرار ذي اليد له على اقراره لغيره استحق نفس العين والمقرله يستحق عوضها بعكس ماسبق (مسئلة ٣) اذا اقام المدعي عليه بينة على صدق اقراره بكون مافي يده للمقرله سقط عنه حق الحلف للمدعي ﴿ مسئلة ٤ ﴾ اذا رجع ذواليد عن اقراره للغير وادعى ان مافي يده لنفسه لم يسمع منه ولو اقر لغير من اقرله اولا ضمن عوضه له لانه صار لمن اقرله اولا فباقراره اتلف على الثاني ماله هذا كله اذا صدقه المقرله واما اذا كذبه وقال ليس لي فيلحقه حكم مجهول المالك ويأخذه الحاكم الشرعي منه لانه نفاه عن نفسه باقراره ولم يدخل في ملك المقرله لانكاره واما احتمال تركه في يده لبطلان اقراره بتكذيب المقرله فكانه لم يقر للغير فلاوجه له لان اقراره انما بطل بالنسبة الى ملكية المقرله لابالنسبة الى نفيه عن نفسه كما انه لاوجه لاحتمال دفعه الى المدعي بلا بينة ولا يمين لعدم المعارض له وذلك لان الحاكم الشرعي معارض له لانه مال بلامالك وامره راجع اليه ومورد الدعوى بلامعارض مالم يكن في يد من ينفيه عن المدعي (الصورة الثانية) ان ينفي عن نفسه وقال انه لفلان الغايب ويلحقه حكم الدعوى على الغايب وحينئذ فان اقام المدعي بينة دفع اليه بلا كفيل اومعه على القولين ويكون الغايب على حجته والا فيترك في يد المدعي

عليه الى ان يحضر الغائب فيترافع معه ثم له الدعوى عليه ان ادعى علمه بانه له واذا حضر الغائب له ان يترافع معه ايضاً لا اخذ نفس العين فان اثبت واخذها رد على المدعى عليه ما اخذه منه (مسئلة ٥٠) اذا ادعى المدعى عليه الوكالة عن الغائب الذي اقر له بما في يده واقام بينة على انه له سمعت منه بناء على سماع البينة بدعوى الوكالة وحينئذ يسقط عنه حق الحلف للمدعي لكن لا يحكم بملكيته للغائب الا اذا صدقه في وكالته بعد حضوره والا فاللازم تجديد المرافعة معه وكذا اذا ادعى الاجارة من الغائب او الارتهان منه واقام بينة على انه له فانه يسقط عنه حق الحلف للمدعي ولا يحكم بملكية الغائب ففائدة سماع البينة سقوط دعوى المدعي وحق تحليفه (الصورة الثالثة) ان ينفي عن نفسه ويقول لا اعرف مالكه وحينئذ يحكم بعدم ملكيته وكونه مجهول المالك لكن لا يؤخذ من يده لاحتمال كونه وديعة عنده او عارية او لقطة او نحو ذلك مما يجب ان يقر في يده نعم لو قال انه عين وقع في يدي ما كنت اعرف صاحبه يكون من المجهول المالك الراجع امره الى الحاكم الشرعي وللمدعي تحليفه اذا ادعى عليه العلم بانه له اذا لم يكن عنده بينة واما معها فلا اشكال في استحقاقه الاخذ بعد اقامتها وحكم الحاكم (الصورة الرابعة) ان يقول ليس لي ولا لك ولم يبين انه لمن هو وقال لا اسمي مالكه وحينئذ ربما يقال ان الحاكم ينتزع منه ويحفظه الى ان يظهر مالكه وترتفع الخصومة منه وعلل بان مقتضى نفيه عن نفسه وعدم بيانه لمالكه صيرورته مجهول المالك ويحكمه ما ذكر ولكن لا وجه له اذ مجرد عدم بيان مالكه وعدم علم المدعي والحاكم بالمالك لا يكفي في صدق كونه مجهول المالك فيجب ابقاؤه في يده لاحتمال كونه وديعة او عارية او نحوهما ويقبل منه لو عين المالك بعد هذا وللمدعي ان يحلفه على عدم علمه بانه له اذا لم يكن له بينة على انه له وهل للحاكم ان يلزمه ببيان مالكه الظاهر كما اعترف به جماعة ذلك لانه من تتمة جواب المدعي وقد مر سابقاً ان المدعى عليه يلزم بالجواب بعد طرح الدعوى معه مع ان تركه في معرض تفويت حق المدعي خصوصاً اذا لم يدع علم المدعى عليه بانه له حتى يتمكن من تحليفه على عدمه وقد يحتمل عدم جواز الزامه لعدم ثبوت حق للمدعي حتى يكون ترك البيان مفوتاً له وفيه انه يكفي في جواز الالزام ما ذكرنا من ثبوت حق الجواب خصوصاً اذا لم يكن له بينة على مدعاه ولم يتمكن من تحليف المدعى عليه ويحتمل التفصيل

بين ما اذا كان له بينة وبين غيرها فلا يجوز فى الاول لامكان وصوله الى حقه بدون اليمين ويجوز فى الثانى والاظهر ما ذكرنا من جوازه مطلقا (الصورة الخامسة) ان يقول انه وقف على الفقراء او العلماء او على مسجد او مشهد او مدرسة او نحو ذلك وفى هذه الصورة ايضا يندفع عنه الخصومة الا اذا ادعى عليه العلم بانه له او كان له بينة ولا ينتزع منه لاحتمال كونه متوليا (الصورة السادسة) ان يقول انه لصبى او مجنون وقد يقال فى هذه الصورة يندفع عنه الخصومة الا مع دعوى علمه بانه له او قيام البينة على ذلك وانه ليس له احلاف الولى لعدم جواز الحلف على مال الغير ولكن الاقوى كونه له اذ لا دليل على عدم جواز حلف الولى مع كونه طرف الدعوى فيدخل فى قوله ع البينة للمدعى واليمين على من انكر بل فى الصورة السابقة ايضا يمكن ان يقال بجواز حلف المتولى الوقف لانه المدعى عليه ﴿ مسئلة ٧ ﴾ الظاهر جواز نقل المدعى عليه ما بيده الى غيره قبل تمام المرافعة وحينئذ فان نقله الى صبى او مجنون يلحق بالصورة السادسة وان وقفه يلحق بالصورة السادسة

﴿ الفصل العاشر فيما اذا كان جواب المدعى عليه ﴾

ان المدعى ابراء ذمته او اقبضه ما ادعى عليه به او باعه اياه او وهبه او نحو ذلك وحينئذ ينقلب مدعيا والمدعى منكرا فان اثبت الدعوى بالاقرار او البينة او اليمين المردودة وفى هذه الدعوى ايضا اما ان يكون جواب المدعى عليه وهو المدعى فى الدعوى الاولى اقرارا او انكارا او سكوتا او لا ادرى والحكم فيها كما تقدم لكن يظهر من المستند الفرق بين المقامين فيما لو اجاب بلا ادرى حيث انه بعد ما قال الحكم كما تقدم نعم لو اجاب بلا ادرى يكون الاصل حينئذ معه ويعمل مقتضى الاصل وفيه ان فيما تقدم ايضا الاصل مع المدعى عليه فان الاصل براءة ذمته مع جهله ثم الظاهر ان من قبيل المقام لو ادعى انه باعه داره مثلا بمأة دينار فاجاب بانك بعتنى ولكن لست بمشغول الذمة بالثمن فان قوله لست مشغول الذمة بالثمن مع ان البيع لا يصح الا بالثمن فى قوة ادعاء احد امور اما دفع الثمن او ابرائه او كونه مشغول الذمة للمشترى سابقا فباعه بما عليه من الدين او ان مقدار الثمن كان عند البايع امانة فاشترى بما كان فى يده وكل هذه خلاف الاصل فيرجع الامر الى دعوى وصول الثمن اليه وهو دعوى يحتاج الى الاثبات والحاصل ان البيع بلا ثمن

غير صحيح فاقراره به اقرار بوجوب دفع عوض المبيع اليه والاصل عدمه فاقد يتخيل من ان في الدعوى المفروضة الاصل براءة ذمة المشترى لا وجه له نعم لو قال صالحتك بكذا فاجاب بانك صالحتني ولست مشغول الذمة يجرى اصل البراءة لان الصلح بلا عوض صحيح واما لو قال بعتك بكذا فاجاب بانك وهبتني فاللازم التحالف وتمام الكلام في امثاله في مقام آخر (مسئلة ١) قد عرفت سابقا ان في الدعوى على الميت لا بد من اقامة البينة واليمين الاستظهارى ومع عدمها او احدها لا حق للمدعى وانما الكلام فيما اذا كانت الدعوى على الوارث وقد ذكروا انها لا تسمع الا بامرين ثبوت موت المورث و ثبوت تخلف مال منه بيد الوارث وان الدعوى عليه ليست دعوى واحدة بل هي دعاو عديدة دعوى الموت ودعوى كون تركته بيده ودعوى الحق وان مع عدم البينة يكون عليه في الاولى والاخيرة يمين لنفي العلم وفي الثانية اليمين على البت قال في الشرايع لا يتوجه اليمين على الوارث ما لم يدع عليه العلم بموت المورث والعلم بالحق وانه ترك في يده مالا ولو ساعد المدعى على عدم احد هذه الامور لم يتوجه ولو ادعى عليه العلم بموته او بالحق كفاه الحلف انه لا يعلم نعم لو اثبت الحق والوفاة وادعى في يده مالا حلف الوارث على القطع وقال في المستند اذا كان المدعى عليه وارثا للغريم فيشترط في سماع دعواه امران احدهما ثبوت موت المورث والثاني تخلف مال عنه تحت يده فان اعترف المدعى بانتفاء الامرين لم يسمع الدعوى لكونها لاغية وان اعترف الوارث بهما سمعت الدعوى قطعاً وان اختلفا فيهما او في احدهما فيحصل حينئذ ثلث دعاو اودعويان دعوى الامرين او احدهما ودعوى المال ويبدء باى من ثلثة اراد لعدم الدليل على تقدم احديها وقد يتراآى هنا اشكال وهو ان هذه الثلاثة ليست بدعوى واحدة وصحة كل منهما اى صحة سماعها يتوقف على ثبوت الاخرى وكونها مسموعة ايضاً يتوقف على صحة الاخرى ودفعه انه يتوقف على احتمال تحقق المدعى به فيه وفي الاخريين وهو متحقق غير متوقف وفائدة كل منهما التسلط على اخذ المال بعد تمام الدعاوى الثلث او رفع تسلطه على الوارث وبذلك يفترق الدعوى على الوارث عن الدعوى على المورث بان الاخير دعوى واحدة غير متوقف مقتضاها على شئ آخر بخلاف الدعوى على الوارث (انتهى) والتحقيق عدم توقف السماع على ثبوت الامرين لا يكفي في السماع عدم العلم بعدمهما او اعتراف

المدعى بانتفائهما او انتفاء احدهما وكذا عدم توقفه على دعوى العلم بهما وانه لافرق بين الدعوى على الوارث وغيره في كون الدعوى واحدة وان توقفت ثبوت المدعى به على مقدمات فان ذلك لايجعلها دعاوى عديدة وان كان يمكن جعلها كذلك وفي الدعوى على غير الوارث ايضاً قد يتوقف ثبوت الحق على مقدمات كما اذا ادعى عليه ان الدار التي بيده مثلاً هي له وان فلاناً غصبها منه وباعها عليه ففيما نحن فيه ايضاً اذا كانت الدعوى على عين له ان يقول هذه الدار التي بيدك مثلاً هي لي وان مورثك غصبها مني او من مورثي وفي دعوى الدين له ان يقول ان مورثك مات ولي عليه كذا وتركته بيدك فاللازم عليك الخروج عن عهدته او يقول كانت التركة بيدك واتلفتها فصار عوضها في ذمتك وحينئذ فان اقام بينة عمل عليها والا فله احلافه على البت ان انكر ذلك بتاً وعلى نفي العلم ان ادعى عليه العلم وانكره من غير فرق بين دعوى الموت ودعوى كون التركة بيده ودعوى الحق اذ يمكن ان يدعى الوارث عدم العلم بكون مال للميت في يده فيحلف على عدم العلم كما انه يمكن ان يدعى العلم بعدم موت المورث فيحلف على البت وما ذكروه من ان الحالف على فعل نفسه اثباتاً او نفياً يلزم ان يكون على البت وكذا على فعل غيره واما على نفي فعل غيره فهو على عدم العلم ممنوع كلية نعم هو كذلك غالباً والا فقد يدعى عدم العلم بفعل نفسه فيحلف على نفي العلم وكذا في فعل غيره كما انه قد يدعى العلم بنفي فعل الغير فيحلف على البت (مسألة ٢) حلف الوارث على نفي العلم لا يسقط دعوى المدعى في اصل الحق فاذا اقام بعد ذلك بينة سمعت منه وليس كالحلف على البت لان القدر المتيقن من اسقاطه ما اذا كان على البت (مسألة ٣) اذا ارد الحلف على المدعى الوارث المدعى عليه العلم فالظاهر كما يظهر من بعضهم كونه مخيراً بين الحلف على الحق او على العلم وقد يقال بتعين الثاني لان المردود هو الحلف على العلم لا الحلف على ثبوت الحق وفيه منع وجوب المطابقة ولذا يجوز الحلف على الاعم ودعوى ان ذلك من جهة كون الاخص داخلاً في الاعم فلا ينافي اعتبار المطابقة بخلاف المقام فان الحلف على اصل الحق لا يشمل الحلف على العلم الذي هو المدعى به مدفوعة بان الغرض الاصلي من دعوى العلم بالحق ثبوته كما ان الغرض من نفيه عدم ثبوته فهو اي ثبوت الحق لازم للعلم به عرفاً

فيكون من باب قيام اللازم مقام الملزوم وهذا القدار يكفي في المطابقة

﴿ مسئلة ٤ ﴾ اذا ادعى على مملوك فهل هو الغريم او مولاه فيه اقوال ففي الشرايع الغريم هو المولى مالا كانت الدعوى او جناية وكذا عن الفاضل في التحرير والارشاد وفي القواعد قرب توجه اليمين على العبد ومع نكوله يثبت الحق عليه ويتبع به بعد العتق وفي المسالك الاقوى ان الغرم على كل من العبد والمولى وانه لا يقبل اقرار العبد على المولى ولا يؤخذ منه معجلا بل يتبع به بعد العتق اذا كانت مالا او قصاصا وانه لا يقبل اقرار المولى بالنسبة الى القصاص ويتعلق برقبته بقدر الجناية ان لم يفده المولى وعن المبسوط ان الغريم في الجناية الموجبة للقصاص هو العبد مطلقاً وفي الموجبة للمال المولى كذلك وعن الكفاية الاشكال في عدم التعجيل في اقرار العبد اذا قلنا بملكه وفي المستند ما ملخصه ان الدعوى اما مالية او بدنية او غيرهما فان كانت مالية فالمسئلة مبنية على ان الحقوق المالية المتعلقة بالعبد هل يتعلق بالمولى مطلقا او على القول بعدم تملك العبد شيئاً اولا فعلى الاول ينفذ اقرار المولى في حق نفسه ولا ينفذ اقرار العبد حتى بان يتبع به بعد العتق لانه اقرار في حق الغير مع ان تعلقه بنفسه فرع كونه اقراراً في حق نفسه وهو فرع تعلقه به بعد العتق وهذا دور وعلى الثاني وهو القول بملكيته وتعلق الحقوق بنفسه فينفذ اقراره على نفسه دون المولى وان كانت هناك بينة للمدعي فعلى الاول يثبت الحق على المولى دون العبد وعلى الثاني على العبد يتبع به بعد العتق وان لم يكن اقرار ولا بينة فالحلف على من يسمع اقراره والنكول كالاقرار واذا كانت بدنية فيثبت الحق بالبينة وباقرارهما معاً ولا يثبت باقرار احدهما خاصة شيء حتى على العبد بعد عتقه واذا كانت غيرهما كالطلاق فالعبد كساير من يدعى عليه انتهى ولا يخفى ما في الاقوال المذكورة من القصور عن بيان حكم جميع الصور ومن شمول اطلاقها لبعض الصور التي لا يشملها ما حكموا به فان مقتضى اطلاق الشرايع ومن تبعه سماع اقرار المولى على العبد حتى في القصاص وعدم سماع اقرار العبد فيما يتعلق بذمته حتى بعد العتق ومقتضى ما في المبسوط عدم سماع اقرار المولى في الجناية العمدية حتى بالنسبة الى الاسترقاق وسماع اقرار العبد فيها على السيد وعليه نفسه معجلا واما ما في المستند فلا محصل له وفيه وجوه من الفساد خصوصاً ما ذكره من المبنى اذ لا وجه للقول بكون الحقوق المالية المتعلقة بالعبد متعلقة بالمولى مطلقا والقول بكون جميعها متعلقة به نفسه

وخصوصاً ما ذكره من الدور والتحقيق انه ان كان النزاع فيما يرجع امره الى المولى كما اذا ادعي عليه ان ما في يده له وان غصبه او سرقه او اخذه امانة او عارية او التقاطاً او نحو ذلك كان الغريم هو المولى فان ما في يده محكوم بانه لمولاه وكذا اذا ادعى عليه جناية خطائية او عمدية بالنسبة الى الاسترقاق او تعجيل القصاص وكذا اذا ادعى عليه انه استقرض مالا منه لمولاه او اشترى له ولم يؤد ثمنه او باع ماله باذنه ولم يدفع اليه المبيع او نحو ذلك فان في هذا كله يرجع الامر الى مولاه فهو الغريم ويقبل اقراره وانكاره ولا اعتبار باقرار العبد وانكاره الا على نفسه في بعض الصور ويتبع به بعد عتقه وان كان النزاع فيما لا يرجع الى المولى كما اذا ادعى عليه انه اتلف منه مالاً او غصبه او سرق منه او استقرض او استعار واتلف او نحو ذلك مما يتعلق بذمته ففي هذا كله هو الغريم ولا دخل له بالمولى فان ثبت عليه بالبينة او باليمين المردودة يتبع به بعد العتق وكذا في دعوى الجناية العمدية بالنسبة الى القصاص فانه لا دخل له بالمولى ومع الثبوت بالبينة يقتص منه معجلا وكذا مع اقراره واقرار المولى واما مع اقرار المولى فقط فلا يقتص منه ومع اقراره فقط او الثبوت عليه باليمين المردودة يقتص منه بعد العتق (مسئلة ٥) اذا كان العبد وكيلاً عن غيره باذن مولاه وكان في يده مال علم عدم كونه لمولاه فادعى عليه مدع كان الغريم هو الموكل وكذا اذا كان عاملاً لغير مولاه ويقبل اقراره وانكاره بالنسبة الى الموكل وصاحب المال بناء على قبول اقرار الوكيل على الموكل (مسئلة ٦) يقبل اقرار العبد المأذون في التجارة على مولاه في مقدار المال الذي دفعه اليه للتجارة بل مطلقا اذا كان مادونا في التجارة مطلقا حتى في الشراء في الذمة والبيع نسيئة او الاستدانة ونحوها والحاصل انه يقبل قوله بمقدار ماذونيته (مسئلة ٧) يقبل اقرار المكاتب فيما يتعلق باكتسابه ويكون هو الغريم دون مولاه مسئلة ٨) امر الطلاق راجع الى العبد فلو حصل النزاع فيه نفيا واثباتا فالغريم هو دون مولاه (مسئلة ٩) على القول بان العبد يملك اذا كان له مال لا يجوز له ان يتصرف فيه الا باذن المولى فهو محجور عن التصرف في ماله واذا اذن له مولاه في التصرف فيه وحصل النزاع يكون هو الغريم دون مولاه وكذا اذا اذن له في الاكتساب لنفسه (مسئلة ١٠) تجري قواعد المرافعة اذا ادعى على مولاه في امر كما اذا ادعى عليه انه اعتقه او انه اذن له في كذا

وانكر مولاه او ادعى ملكه كذا او تنازعا في مال الكتابة او في مدة النجوم او نحو ذلك (مسئلة ١١) اذا كان المدعى عليه وكيلا عن صاحب الحق ليس له الحلف على نفي مايدعيه المدعي لعدم جواز الحلف على مال الغير بمعنى انه لا يسقط به دعوى المدعي بالنسبة الى الموكل واما اذا اراد المدعي تغريمه فله الحلف لاسقاط الغرم عن نفسه اذ هذا ليس حلفا على مال الغير ثم انه لا اشكال في انه يثبت الحق للمدعي بالبينة او الشاهد او اليمين المردودة من الوكيل اذا كان ماذونا في رد اليمين ايضا عموما او خصوصا وهل يثبت باقرار الوكيل في مثل ما اذا وكله في بيع شئ او شرائه وحصل النزاع في وقوعه او عدم وقوعه فيه وجهان بل قولان من انه كان مالكا للتصرف فيملك الاقرار به او بعدمه وايضا انه امين الموكل فلا يجوز له اتهامه ومن ان القدر المتيقن من عدم جواز اتهامه ووجوب تصديقه ما اذا كانت الدعوى بينه وبين الموكل لا ما اذا كانت متعلقة بالغير فانه حينئذ بمنزلة الشاهد للمدعي وليس قوله حجة على الموكل الذي هو صاحب الحق ولا يبعد قوة الوجه الاول وان اخترنا في باب الوكالة الوجه الثاني وفاقا لصاحب الجواهر ثم هذا اذا كان الموكل منكرا لما يقوله واما اذا لم يكن منكرا لعدم علمه بالحال فالظاهر انه يجب عليه تصديقه وقبول اقراره وان كان عليه (مسئلة ١٢) اذا كان المدعى عليه وليا اجباريا كالاب والجد فيظهر منهم عدم نفوذ اقراره على المولى عليه وعدم جواز حلفه وان حاله حال الوكيل بل يظهر من بعضهم عدم جواز رده اليمين على المدعي ايضا لعدم المصلحة فيه لكن يمكن ان يقال بجواز حلفه ونفوذ اقراره خصوصا اذا كانت الدعوى متعلقة بتصرفه مثل البيع والشراء او نحوهما لانه المدعى عليه عرفا فيدخل في قوله ع البينة للمدعي واليمين على من انكر وعدم عموم يدل على عدم جواز الحلف على مال الغير يشمل المقام وكذا يجوز رده اليمين على المدعي لمنع عدم المصلحة كلية اذ قد تقتضي المصلحة ذلك خصوصا اذا ظن عدم حلفه فتسقط دعواه فالمقامات مختلفة واما الولي الغير الاجباري كالوصي والقيم فلا يجوز له الحلف او الاقرار الا اذا كان متعلقا بفعله نفيا او اثباتا واما رد اليمين فهو تابع للمصلحة وكذا الكلام اذا كان المدعى عليه متوليا للوقف فيما ترجع الدعوى الى ما يتعلق بالعين الموقوفة (مسئله ١٣) اذا كان

المدعى وكيلاً عن صاحب الحق وهو غايب فلا تثبت دعواه الا بالبينة او اقرار المدعى عليه ولا تثبت باليمين المردودة والى الشاهد واليمين لما مر من عدم جواز الحلف على مال الغير ويجوز له احلاف المدعى عليه اذا كان وكيلاً فيه ايضاً عموماً او خصوصاً وبعد ثبوت دعويه يجوز له المطالبة بالحق اذا كان وكيلاً فيه ايضاً وللمدعى عليه مطالبة الكفيل لم لو ثبت وكالته حتى فى اخذ الحق فالظاهر جواز الزامه بالدفع من دون الكفيل كما اذا كان المدعى نفس الحق (مسئلة ١٣) اذا اثبت الوكيل عن الغايب دعويه فطالب الغريم بما عليه و ادعى انه سلمه الى الموكل او انه ابرئه ولم يكن له بينة فهل يلزم بالاداء او توقف الدعوى حتى يتبين الحال فيه وجوه احدها الالزام بالاداء كما اختاره فى الشرايع وتبعه عليه جماعه لثبوت الحق والاصل عدم الامرين فلا يدفع المقطوع بالمحتمل ولانها دعوى اخرى ولا توجب سقوط حكم الدعوى الاولى وايضاً التوقف يؤدى الى تعذر طلب الحقوق بالوكالة (الثانى) التوقف لعدم تمامية المرافعة مع هذه الدعوى (الثالث) التفصيل بين ما اذا ثبت الحق بالبينة او باقرار المدعى عليه من الاول فعلى الاول الاول وعلى الثانى الثانى لانها لا تعد دعوى اخرى بل هى جزء الدعوى الاولى (الرابع) ما يظهر من صاحب المستند من التفصيل بين ما اذا كان الوكيل وكيلاً فى دعوى الابرآء والوفآء ايضاً فالثانى وبين ما اذا لم يكن وكيلاً فالاول ولا يبعد قوة الوجه الثالث ﴿ مسئلة ١٤ ﴾ فى سماع دعوى الوكيل بالوكالة الا دعائيه من غير اثبات وجواز الزام المدعى عليه بالمرافعة معه كما عليه صاحب المستند اشكال لامكان منع صدق المدعى عليه فلا يشمله قوله ع البينة للمدعى واليمين على المدعى عليه (مسئلة ١٥) اذا كان المدعى وليا اجبارياً فان كان له بينة فهو والا فيجوز له استحلاف المدعى عليه مع المصلحة فان حلف سقطت الدعوى و ان رد اليمين عليه فان كان المدعى به مما يرجع الى تصرفه نفياً او اثباتاً فالظاهر ان له ان يحلف لانه حلف على فعله او تركه و ان كان نفعه للغير والاب ان ادعى ديناً للمولى عليه على شخص فيحتمل جواز حلفه ايضاً لما مر من عدم عموم يدل على عدم جواز الحلف على مال الغير يشمل المقام ويحتمل ايقاف الدعوى الى بلوغ المولى عليه ورشده ويحتمل الحكم بثبوت الحق بدعوى عدم امكان الرد وعدم جواز

ايقاف الدعوى وكذا الحال اذا نكل عن اليمين وعن الرد وان كان المدعي قيما على قصير فالحال كما ذكر في الولي الا في الحلف مع الشاهد الواحد اومع رد اليمين فانه لا يجوز هنا فيما اذا لم يكن النزاع راجعاً الى تصرفه في مال القاصر نفياً اواثباتاً فان الظاهر اجماعهم على عدم جوازه هنا وان قلنا بجوازه في الولي الاجباري وان كان المدعي وصيا في اخراج الثلث مثلا وصرفه على الجهات العامة اوعلى مثل الفقراء اوالعلماء اونحو ذلك فكذلك في عدم جواز حلفه في غير ما كان راجعا الى تصرفه وهل يجوز لفقير واحد اوعالم واحد الحلف اولا فيه وجهان ومما ذكرنا ظهر الحال اذا كان المدعي متولي الوقف (مسئله ١٦) اذا كان صاحب الحق هو الامام عجل الله تعالى فرجه كميراث من لا وارث له و المنذور له ع والوقف عليه ونحو ذلك اوكان هو الولي على صاحب الحق كالاوقاف التي لا متولي لها والمال المجهول مالكه والمظالم و المنذور لسائر الائمة ع والاوقاف عليهم ونحو ذلك فالمدعي في زمن الغيبة هو نائبه العام وهو الفقيه الجامع للشرايط وحينئذ فان علم بالحق علماً قطعياً له ان يدعي وان يعمل بمقتضى علمه لا من باب الحكم بل من باب الامر بالمعروف والا فان كان هناك بينة فله ان يترافع عند فقيه آخر ويثبت الحق وليس له الحلف مع الشاهد الواحد وله استحلاف المدعى عليه اذا اقتضته المصلحة وليس له ان يتصدى للمرافعة اي الحكومة بنفسه .ولو بنصب وكيل عن نفسه نعم له ان يوكل من باب النيابة العامة شخصاً عن الامام ع يترافع مع المدعى عليه عنده

﴿ الفصل الحادي عشر في احكام اليد ﴾

والمراد بها السلطنة العرفية والاستيلاء على الشيء المختلفة بحسب الموارد بان يكون تحت اختياره وتصرفه كالدراهم في كيسه اوجيبه واللباس على بدنه والفراش تحته والغطاء فوقه ونحو ذلك كالانتفاع بمثل الركوب والحمل في الدابة والسكنى والتعمير والتخريب والاجارة في الدار ونحوها والزرع والغرس في الارض والسقي ونحوه في الزرع والنخل والشجر ومثل كون الشيء في المكان المختص به ملكاً اواجارة اوعارية بل اوغصباً كالاجناس في دكانه والدابة في مذوده والطعام في بيته اومزوده ونحو ذلك فان ذلك يدل عليها وكوضع الامتعة في بيت اودكان فانه يدل عليهما وهكذا وقد تتعارض

الموجبات اصدق اليد كما اذا كان المسلك لزيد في دار عمرو او كان المتاع الموضوع في الدكان لزيد ومفتاحه بيد عمرو ونحو ذلك والمرجع حينئذ اقوائية احدهما بمقدار يوجب الصدق لاحدهما دون الآخر والا فيحكم بكونه في يدهما (مسئلة ١) لا اشكال ولا خلاف في ان ظاهر اليد ومقتضاها الملكية بل عليه الاجماع ويدل عليه مضافاً اليه جملة من الاخبار منها خبر حفص بن غياث المروى في الكتب الثلثة وفيه ارايت اذا رأيت في يد رجل شيئاً ايجوز ان اشهد انه له قال نعم الى ان قال ع ولو لم يجز هذا لما قام للمسلمين سوق ومنها ما عن تفسير علي بن ابراهيم عن الصادق ع في حديث فدك ان مولانا امير المؤمنين ع قال لابي بكر تحكم فينا بخلاف حكم الله تعالى في المسلمين قال لا قال فان كان في يد المسلمين شيء يملكونه ادعيت انا فيه من تسأل البينة قال اياك كنت اسئل الى آخره ومنها موثقة يونس بن يعقوب في المرئة تموت قبل الرجل او رجل قبل المرئة قال ما كان من متاع النساء فهو للمرأة وما كان من متاع الرجل والنساء فهو بينهما ومن استولى على شيء منه فهو له (ومنها) رواية حمزة بن حمران ادخل السوق فاريد ان اشترى جارية فتقول اني حرة فقال ع اشترها الا ان يكون لها بينة (ومنها) صحيحة العيص عن مملوك ادعى انه حر ولم يأت ببينة على ذلك اشتريه قال ع نعم (ومنها) خبر مسعدة بن صدقة كل شيء هو لك حلال حتى تعرف الحرام بعينه فتدعه من قبل نفسك وذلك مثل ثوب يكون عليك قد اشتريته وهو سرقة والمملوك عندك لعله حر قد باع نفسه او خدع فبيع او قهر او امرأة تحتك وهي اختك او رضيعتك والاشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك او تقوم به البينة (ومنها) جملة من الاخبار الواردة في تعارض البينات بل يمكن ان يستدل بقوله ع البينة للمدعي واليمين على المدعى عليه فلا اشكال في اصل المسئلة والظاهر ان اليد امارة على الملكية ودليل عليها لا ان تكون من الاصول العملية ولهذا تقدم على الاستصحاب ونحوه فلا وجه لما في المستند من ان المراد بكون اليد ظاهرة في الملكية انها الاصل فيها لا انها الدليل عليها وان ذلك اذا لم يعارضها اصل آخر او استصحاب واما اذا عارضه اصل او استصحاب ففي بعض موارده الخلاف وفي بعض آخر يقدم الاستصحاب وذلك لان من المعلوم ان اعتبارها من حيث ظهورها في الملكية وكونها طريقاً اليها وتقديم الاستصحاب عليها في بعض الموارد انما

هو من جهة كونه اصلاً موضوعياً يبين وجهها وكيفيتها كما اذا كانت في السابق بعنوان الامانة او الغصبية فان مقتضى الاستصحاب كونها فعلاً ايضاً كذلك وهذا لاينافى كونها دليلاً واما الخلاف في بعض الموارد مثل ماسيأتى من تعارض استصحاب الملكية السابقة مع اليد الفعلية فالتحقيق فيه تقديم اليد كما سيأتى ثم لا يشترط فى دلالة اليد على الملكية التصرفات الموقوفة على الملك فلو كان في يد شخص مال ومات ولم يعلم انه كان متصرفا فيه او لا يحكم بملكيته له ويرثه وارثه وكذا لا يشترط دعوى ذى اليد الملكية نعم يشترط عدم اعترافه بعدمها واما اذا اعترف بعدم علمه بانه له او لا فهل يحكم بملكيته له بمجرد كونه فى يده بالنسبة الى نفسه وغيره او لا لا يبعد ذلك لكن فى المستند عدم الحكم بانه له ويكون من مجهول المالك لان القدر المتيقن من الاجماع والاخبار غير هذه الصورة ولرواية جميل بن صالح عن السراد رجل وجد فى بيته ديناراً قال يدخل منزله غيره قلت نعم كثير قال هذه لقطة قلت فوجد فى صندوقه ديناراً قال يدخل احديده فى صندوقه غيره ويضع فيه شيئاً قلت لا قال فهو له قال فانه حكم فيما هو فى داره التى لا يعلم انه له مع كونه فى يده انه ليس له وايضاً علل كون ماوجد فى الصندوق له بما يفيد العلم بانه ليس لغيره وفيه انه يمكن ان يقال انه ليس فى الخبر انه لا يعلم انه له او لا بل الظاهر علمه بانه ليس له مع انه يظهر من سؤاله ع عن ان غيره يدخل منزله او لا انه لو لم يدخل غيره منزله يحكم بانه له وان لم يعلم كما ان حكمه بان ما فى الصندوق له ظاهره صورة عدم العلم بانه له ودعوى انه علل بما يفيد العلم ممنوع واستدل ايضاً بموثق اسحق بن عمار عن رجل نزل فى بعض بيوت مكة فوجد فيها نحواً من سبعين درهماً مدفونة فلم تزل معه ولم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع قال فاسئل عنها اهل المنزل لعلهم يعرفونها قلت فان لم يعرفونها قال يتصدق بها فانه لاشك ان الدراهم كانت فى تصرف اهل المنزل ولو قال انا لا نعلم انها لنا او لغيرنا فيصدق انهم لا يعرفونها فلا يحكم بملكيته لهم وفيه ان الظاهر قوله لم يعرفونها انهم قالوا ليس لنا الا انا لا نعلم انها لنا او لا فدلالة الخبرين على ماذكره محل منع و الخدشة فى شمول الاخبار للصورة المفروضة لاوجه لها مع امكان الاستدلال بالخبر الاول ايضاً كما ذكرنا على الحكم مدلالتها على الملكية فى صورة عدم العلم ايضاً فلا يجرى عليه حكم مجهول المالك

(مسئلة ٣) كما ان اليد امارة على ملكية الاعيان كذلك امارة على ملكية المنافع

وعلى الحقوق كحق الاختصاص وحق الانتفاع وحق الاستيثاق وحق التحجير ونحو ذلك كما اذا كان مال في يده يدعي كون منافعه له بالاجارة او الوقفية او نحو ذلك او ادعى كونه متوليا على مافي يده من العين الموقوفة او ادعى كون مافي يده رهنا عنده او كان له رحى على نهر الغير او كان جذوعه على حائط الغير ونحو ذلك وذلك لظهور الاجماع وعموم بعض ماص من الاخبار كقوله ع من استولى على شيء منه فهو له ونحوه بل لا ينبغي الاشكال فيه وكما تحقق اليد على الاعيان فتكون امارة على ملكيتها عينا او منفعة او الاختصاص بها كذلك تحقق على المنافع وان لم تكن العين في يده كما اذا كانت مزرعة موقوفة على العلماء او السادات او نحوهم وكانت منافعها تصرف عليهم او ترسل اليهم وكانت العين بيد المتولي فان يدهم على منافعها فلو ادعاها غيرهم لا تسمع منه بلا بينة وهكذا في امثال ذلك هذا ولصاحب المستند في المقام كلام مختل النظام فيه وجوه من الفساد فانه اختار ان اقتضاء اليد الملكية او الاختصاص مختص بالاعيان وانه لا يجري في المنافع للاصل وعدم ثبوت الاجماع في غير الاعيان واختصاص اكثر الاخبار بها الى ان قال في بيان اختصاصها واما رواية حفص فلان لفظ شيئاً فيها وان كان نكرة في سياق الشرط المفيد للعموم الا ان رجوع الضمير في قوله الشراء منه وان يشتريه يوجب اما تخصيصه بالاعيان او التوقف كما بين في الاصول لعدم جواز الشراء في المنافع اجماعاً واما الموثقة فلرجوع الضمير المجرور فيها الى المتاع الذي هو من الاعيان واما رواية مسعدة فلان الاستدلال بها انما هو بواسطة الامثلة المذكورة فيها وكلها من الاعيان واما قوله والاشياء كلها على هذا فانما يدل على الحلية دون المطلوب ثم ظاهر حديث فدك العموم الا انه يمكن دعوى اختصاص صدق اليد حقيقة بالاعيان فانها المتبادر عرفاً من لفظ ما في اليد بل الاستيلاء وصدقه على المنافع غير معلوم بل نقول ان كون اليد والاستيلاء انما هو في الاشياء الموجودة في الخارج القارة واما الامور التدريجية الوجود الغير القارة كالمنافع فلو سلم صدق اليد والاستيلاء فيها فانما هو فيما تحقق ومضى لا في المنافع الآتية التي هي المراد ههنا ثم اجاب عن خبر الرحى على نهر الغير بان عدم جواز سد الماء ليس من جهة اليد بل من الخبر وقاعدة الضرر فيختص بمورده ثم قال (واما) ماقد يدعى من ظهور اليد

في الملكية وهو حاصل في المنافع ايضاً ففيه بعد تسليم اليد منع حجية ذلك الظهور اولاً ومنع الظهور ثانياً لانه لو سلم فانما هو في الاعيان مع التصرفات الملكية واما في المنافع التي اعيانها ملك الغير فلا لشيوع مشاهدة تصرفات الناس في كثير من المنافع من غير تحقق جهة اللزوم والملكية فيحمل الجار على حائط جاره او المشترك وينصب الميازيب على داره ويطرح الثلج ويضع خشب السقف على حايطه ويجري الماء من داره الى داره او مائه الى داره ويستعمل المسلمون بشاهد الحال بعضهم ماء بعض ويجرون مياههم في دورهم وقد يغيرون مواضع الجريان في كل عام ويبنون الحياض الكبيرة المجددة الى غير ذلك بل يمكن دعاء ظهور عدم الملكية في امثال ذلك وابتناء الامر على المسامحة او شاهد الحال انتهى ووجوه الاشكال فيه لا تخفى مع ان اليد على المنافع ليست الا باليد على الاعيان فاليد على الاعيان اما باعتبار انفسها او باعتبار منافعها او باعتبار الحقوق المتعلقة بها كما هو واضح مع انه لا فرق بين حق الاختصاص وبين المنافع وهو معترف بكون اليد امارة على الاختصاص في مثل العين الموقوفة عليه كما صرح به (مسئلة ٣) يد الوكيل والامين والمستعير والاجير بل الغاصب يد المالك فيكفي في صدق اليد كون الشيء في يد وكيله او اجيره وهكذا بل اذا اقر ذو اليد بان ما في يده لزيد يجري عليه حكم ذي اليد فلو اقر به لزيد ثم اقر به لعمرو والمدعي انه له يجب عليه اقامة البينة والا فله الحلف على زيد (مسئلة ٤) اذا كان شيء في يد اثنين فيد كل منهما على النصف المشاع منه وقد يقال يمكن ان يكون يد كل منهما على تمامه وان كان لا يعقل مالكية التمام لكل من الاثنين قلت لم يمكن اجتماع اليدين المستقلتين على مال واحد كما يمكن كون يد كل منهما على النصف المشاع والظاهر انه يختلف بحسب العرف ففي بعض الموارد يد كل منهما على النصف وفي بعضها على الكل كما لا يخفى بل قد يقال في صورة كون يد كل منهما على النصف ايضاً لا بد ان يكون على التمام لان كل جزء يفرض يد كل منهما عليه لكنه على هذا ليستا بنحو الاستقلال والحاصل انه لا مانع من اجتماع اليدين المستقلتين على مال واحد بل الاقوى جواز اجتماع المالكين المستقلين لمال واحد كما اذا كان مالكا للنوع كالزكوة والخمس والوقف على العلماء والفقراء على نحو بيان المصرف فان كل فرد من النوع مالك لذلك المال بل لا مانع من اجتماع المالكين الشخصيين ايضاً كما اذا وقف على زيد وعمرو او اوصى لهما على نحو بيان المصرف فانه يجوز صرفه على كل واحد

منهما فدعوى عدم معقولية اجتماع المالكين على مال واحد لا وجه له مع انه لا اشكال عندهم فى جواز كون حق واحد لكل من الشخصين مستقلاً كخيار الفسخ وكولاية الاب والجد على مال القصير ومن المعلوم عدم الفرق بين الحق والملك فكما ان لكل من الاب والجد حق التصرف فى مال المولى عليه وايهما سبق لا يبقى محل لتصرف الاخر وكذا لكل من الشخصين حق الفسخ وايهما سبق بالفسخ لا يبقى محل لفسخ الاخر فكذا فى المالكين الكذائيين ودعوى ان مقتضى الملكية المستقلة ان يكون للمالك منع الغير واذا لم يكن له منع الغير فلا يكون مستقلاً ممنوعة فان هذا ايضاً نحو من الملكية المستقلة ونظيره الوجوب الكفائى والتخييرى فى كونهما نحواً من الوجوب مع كونه جائز الترك ﴿ مسئلة ٥ ﴾ قال فى المستند ماذكر من ان الاستيلاء يدل على اصالة الاختصاص للمستولى انما هو اذا لم يكن هناك مدع ثبت له جهة اختصاص آخر ايضاً فلو كان كذلك لا يفيد الاستيلاء شيئاً لان جهة الاختصاص الثابته بالاستيلاء غير معينة وارجاعها الى مايدعيه المستولى لا دليل عليه بخصوصه حتى يحمل عليه والجهة الاخرى للغير ثابتة فليس لها معارض معلوم ولا رافع كذلك فلو ادعى احد استيجار شىء فى يد غيره مدعيا بانه استاجره يطلب البينة من المدعى لاصالة الاختصاص بالمستولى فان جهة الاختصاص بينهما واحدة بخلاف مالو ادعى المالك عدم الاجارة لان ملكيته مختصة به والمستأجر يدعى الاختصاص الاستيجارى ولا دليل عليه وكذا لو ادعى احد اختصاصه بشىء فى يده قد استولى عليه من جهة استحقاق منفعته بصلح ونحوه وادعى المالك عدمه فلا يقدم قول المستولى لثبوت جهة اختصاص للمالك وعدم ثبوت الاختصاص الذى للمستولى فاحتفظ بذلك فانه مفيد فى كثير من المواضع انتهى قلت المناط صيرورة المستولى مدعيا وعدمها ففى الفرض الاول حيث انه لا يصير مدعيا يعمل بمقتضى يده ويقدم قوله وفى الفرض الثانى اذا ادعى ان المالك آجره اوصالحه عن منفعة ملكه يصير مدعيا يلزمه اثبات ما ادعاه ولو فرض فى الاول انه ادعى الاستيجار من مدعى الاستيجار يكون مدعيا ولا تنفعه يده كما ان فى الثانى اذا لم يدع الاستيجار من المالك بل ادعى انه ملك المنفعة قبل ان تصير العين للمالك وانه ملكها مسلوبة المنفعة لانسلم عدم اقتضاء يده تقديم قوله

﴿ الفصل الثاني عشر في جملة من احكام اليد ﴾

﴿ مسئلة ١ ﴾ اذا تنازعا في عين فاما ان تكون في يد احدهما او في يدهما او في يد ثالث او لا يد عليها (اما الصورة الاولى) فمع عدم البينة يقدم قول من بيده وعليه الحلف للآخر فان حلف سقطت الدعوى وان نكل حكم بها للمدعي بناء على الحكم بالنكول وكذا ان رد او رد الحاكم على القول الاخر وحلف المدعي وان لم يحلف بعد الرد سقطت الدعوى ايضاً (واما الصورة الثانية) فالمشهور على انه مع عدم البينة تجري قاعدة المدعي والمنكر حيث ان يد كل منهما على النصف المشاع فيكون كل منهما مدعياً بالنسبة الى ما في يد الاخر ومدعى عليه بالنسبة الى ما في يده والمرجع قوله ع البينة للمدعي واليمين على المدعى عليه ونحوه واختار المحقق في الشرايع التنصيف بينهما من غير يمين وحكي عن الخلاف والغنية والكافي والاصباح ايضاً للمرسل ان رجلين تنازعا في دابة ليس لاحدهما بينة فجعلها النبي ص بينهما ولامكان ان يقال ان يد كل منهما على الكل لا على النصف لعدم تعقل كونهما على النصف المشاع الا بكونهما على الكل اذ كل جزء يفرض فيد كل منهما عليه فيكون المورد من التداعي لا المدعي والمنكر فلا يدخل تحت قوله ع البينة للمدعي واليمين على المدعى عليه ومقتضى القاعدة بعد عدم كونه خارجاً عنهما لمكان كون يدهما عليه التنصيف بينهما بلا حلف اذ لا دليل عليه نعم قد يحتمل الحلف لترجيح احد اليدين كالترجيح به لاحدى البينتين لكن لا دليل عليه وقد يحتمل جواز التحالف بينهما برضاهما لا بجبر الحاكم وكونه الوضيفة في الفصل ولا وجه له ايضاً والتحقيق التفصيل بين ما اذا كانت يد كل منهما على النصف وبين ما اذا كانت على الكل مستقلاً اذ قد عرفت اختلاف الموارد في ذلك ففي الصورة الاولى تجري قاعدة المدعي والمنكر اذ يصدق على كل منهما انه مدع في النصف ومنكر في النصف الاخر ولا ينفع كون كل جزء يفرض يد كل منهما عليه لانهما ليست يداً مستقلة وفي صورة الثانية التنصيف لما ذكر من كونه من التداعي لا المدعي والمنكر كيف والا لزم حصول الفصل بحلف من حلف منهما اولا لان المفروض ان الكل بيده وقد حلف على نفي ما يدعيه المدعي فيما بيده فلا يبقى محل لحلف الاخر ولا للدعوى عليه وهذا بخلاف الصورة الاولى فان فيها يحلف كل على نفي ما يدعيه الاخر من النصف الذي في يده ثم في الصورة الاولى

لو حلفا اقسم بينهما بالمناصفة ولو حلف احدهما اولاً ولم يحلف الاخر ورد اليمين على الاول لايكفيه الحلف الاول لانه على النفي والمردود على الاثبات واما لو ورد الحلف على الثاني فهل يكفيه حلف واحد او يجب التعدد قولان مبنيان على مسئلة تداخل الاسباب وعدمه ثم على المشهور بيده القاضي بمن يراه او يقرع بينهما وقيل يقدم الاسبق منهما في الدعوى ومع الاقتران يقدم من كان على يمين صاحبه (مسئلة ٢) اذا كانت عين في يدهما ولم يظهر منهما منازعة حتى ماتا فالحكم هو التنصيف لعدم وجود المدعي والمنكر فتقسم بين ورثتهما من غير حلف الا اذا ادعى بعضهم على بعض العلم بالحال فانه يجري عليهم قاعدة المدعي والمنكر (واما الصورة الثالثة) وهي ان تكون بيد ثالث فان صدق احدهما المعين يكون بمنزلة ذي اليد فيكون منكراً والاخر مدعياً وعلى الثالث اليمين للاخر ان ادعى عليه علمه بانها له لفائدة الغرم وان صدقهما فيكون كما لو كانت في يدهما ولكل منهما احلافه اذا ادعى عليه العلم بانها له وان صدق احدهما لا بعينه فقيل يقرع بينهما بلا حلف وقيل يقرع بينهما ويحلف من خرجت له القرعة وقيل بالتنصيف بينهما بلا حلف لرواية السكوني قال امير المؤمنين ع في رجل اقر عند موته لفلان وفلان لاحدهما عندي الف درهم ثم مات على تلك الحال فقال ايهما اقام البينة فله المال وان لم يقم احد منهما البينة فالمال بينهما والاقرب التنصيف بعد حلفهما او نكولهما من دون قرعة وان كذبهما تبقى في يده ولكل منهما عليه الحلف وان قال ليست لي ولا ادري انها لهما او لغيرهما فهي بالنسبة اليهما كما لا يد لاحد عليها وان قال لا ادري انها لي او لهما او لغيرهما فكذلك ويحتمل ان يحكم بكونها له لكون يده عليها ولهما عليه الحلف على عدم العلم ان ادعيا عليه (واما الصورة الرابعة) ففيها وجوه احدها اجراء حكم المدعي والمنكر كما يظهر من المحكي عن الاردبيلي لكون كل منهما مدعياً ومنكراً فمع حلفهما او نكولهما تقسم بينهما ومع حلف احدهما ونكول الاخر تكون للحالف لقوله ص البينة للمدعي الخ ولرواية اسحق بن عمار وفيها فلو لم يكن في يد واحد منهما واقاما البينة قال احلفهما فايهما حلف ونكل الاخر جعلتها للحالف وفيه منع صدق المدعي والمنكر بل كل منهما مدع فيكون من التداعي واما الرواية فخصه بصورة البينة فلا تشمل المقام

الثاني القرعة اختارها صاحب المستند قال لانها لكل امر مجهول فالرجوع اليها اظهر كما حكم على ع في رواية ابي بصير وابن عمار الاولى بعث رسول الله ص عليا ع الى اليمن فقال له حين قدم حدثني باعجب ماورد عليك قال يارسول الله ص اتاني قوم قد تبايعوا جارية فوطؤها جميعاً في طهر واحد فولدت غلاماً فاختلفوا فيه كلهم يدعيه فاسهمت بينهم فجعلته للذي خرج سهمه وضمنته نصيبهم الحديث والاخرى اذا وطئ رجلان او ثلاثة جارية في طهر واحد فولدت فادعوه جميعاً اقرع الوالي بينهم فمن قرع كان الولد له ويرد قيمة الولد على صاحب الجارية وعمل بهما الاصحاب في موردهما من غير احلاف وفيه انه لا واقع مجهول في المقام حتى يعين بالقرعة لعدم كون العين في يدهما واحتمال كونها للثالث غيرهما والروايتان مخصوصتان بموردهما الثالث التنصيف بينهما من غير احلاف لما عرفت انه من باب التداعي لا المدعي والمنكر مع انه لو جعل من هذا الباب امكن ان يقال لا وجه للتنصيف بينهما بعد حلف كل منهما على نفي مايدعيه الاخر اذ المفروض عدم كونها في يدهما فيسقط حق كل منهما بحلف الاخر ثم ان جميع ماذكر في الصور الاربع انما هو مع عدم البينة لاحدهما او كليهما وسيأتي حكم تعارض البينتين فيها (مسئلة ٣) اذا تنازعا في مصراعي الباب وكان احدهما بيد احدهما والاخر بيد الاخر فلا اشكال في كونه من باب المدعي والمنكر وان علم كون الاثنين لواحد منهما وان كان احد المصراعين بيد احدهما والاخر لا يد لاحدهما عليه فالنزاع بالنسبة الى الاول يكون من باب المدعي والمنكر وفي الثاني من باب التداعي (مسئلة ٤) اذا ادعى زيد عيناً في يد عمرو واقام بينة وانتزعها منه بحكم الحاكم ثم اقام عمرو بينة انها كانت له حين الدعوى فهل ينقض الحكم وتعاد العين اليه اولا قولان فعن الشيخ انه ينقض لان بينته تعارض بينة زيد وتقدم بناء منه على تقديم بينة الداخل وفي الشرايع لا ينقض ولعله لتقديم بينة الخارج ويمكن ان يكون نظره الى عدم جواز نقض حكم الحاكم كما اختاره صاحب الجواهر لان بنائه على الدوام للاصل المؤيد بالحكمة وظاهر الادلة وبه علل كلام المحقق وربما يعلل عدم النقض بانه لو سمعت بينته يلزم امكان الحيلة بعدم اقامة البينة الى ما بعد الحكم حتى يصير خارجاً وتقدم بينته بناء على تقديم بينة الخارج ولا يخفى مافيه وقد يعلل بان بينة

عمرو بينة الداخل لانه يدعي ان الانتزاع منه كان ظلما فكان العين بعد في يده فتقدم بينة زيد لانها بينة الخارج (وفيه) منع كون الانتزاع منه ظلما بعد كونه بحكم الحاكم فيكون هو المدعي وفي المسالك بنى المسئلة على تقديم الداخل والخارج وان المدار في الدخول والخروج على حال الملك او على حال التعارض واختار النقض بناء منه على تقديم الخارج وان المدار على حال التعارض وكون عمرو خارجاً حاله لان المفروض ان العين في يد زيد واختار صاحب المستند وفاقاً للشرايع عدم قبول البينة من المدعي عليه بعد الحكم لكن لا لانه نقض للحكم لان النقض انما هو اذا كان ابطالا للحكم لا اذا كان من طرف دعوى اخرى بل لان بينته ان شهدت بالملك السابق فقط فيرجع الى تعارض الملك القديم واليد الحالية وهي مقدمة على الملك القديم وان ضمت اليه قولها الا اعلم له مزيلا او شهدت بالملكية الفعلية للاستصحاب فيرد بالعلم بالمزيل وهو حكم الحاكم ولو قالت وهو الى الان ملكه فكذلك لان غايته انها امارة كحكم الحاكم لقطع الملكية فتبقى اليد الحالية بلا معارض (وفيه) ان الدعوى الاخرى وان لم يكن نقضاً للحكم الا انها قد توجب ابطاله والكشف عن عدم تماميته كما اذا ادعى بعد الحكم فسق الشهود وكما في حجة الغايب بعد الحكم عليه حيث انه على حجته ففي المقام اذا اقام المدعى عليه بينة على ان العين كانت له تكون بينته معارضة لبينة المدعي فلا بد من العمل على قاعدة المعارضة مع ان تقدم اليد على الملكية السابقة في الشق الاول من كلامه انما تم اذا لم تكن اليد ناشئة من الحكم الذي لم يتم ميزانه كما ان في الشق الاخر منه وهو ما اذا شهدت بينته بالملك السابق المستمر الى الان لا معنى لمعارضة الحكم معها لان الملكية الثابتة بالحكم سابقة والشهادة لاحقة فاللازم تقديمها وعلى فرض المعارضة لا وجه لبقاء اليد مع كونها مستندة الى الحكم المبتلى بالمعارض والاقرب بناء المسئلة على تقديم بينة الخارج او الداخل والمدار في الدخول والخروج على حال الملك لا حال المعارضة وهي وان كانت حادثة ومتأخرة عن بينة المدعي الا انها متعلقة بالسابق وفي السابق كان المدعي خارجاً لكون العين في يد المدعى عليه هذا كله اذا ادعى الملكية السابقة واما اذا ادعى ملكاً لاحقاً واقام البينة عليه فلا اشكال في استرداد العين بل وكذا اذا اطلق الدعوى واقام البينة المطلقة واحتمل تجدد الملك له لصدق المدعي عليه وانه اقام بينة على دعويه

(مسئلة ٥) اذا ادعى دابة في يد غيره وشهدت بينته بانها في ملكه منذ سنة وحصل القطع بكون سنها اقل من ذلك سقطت بينته للعلم بكذبها بخلاف ما اذا حصل الظن بذلك بحسب العادة فانها لا تسقط فلا وجه لما عن الارشاد حيث قال قطعاً او ظاهراً وكذا ما في بعض نسخ الشرايع حيث قال قطعاً او اكثرياً وفي الجواهر لا اظنه قولاً لاحد ثم في آخر كلامه قال انما الكلام في بطلان البينة مطلقاً او في خصوص ما كذبت به الظاهر الثاني وان لم اجد ذلك محرراً في كلامهم قلت بل الظاهر الاول لان شهادتها على وجه خاص فلا وجه للعمل بالمقيد مع العلم بكذب قيده نعم لو رجع الى الشهادة بشيئين اصل الملك وكونه على وجه كذا امكن التفكيك كما اذا قالت انها لزيد وهي في ملكه منذ سنة وكما اذا قال قتل زيد عمراً وكان القتل يوم الجمعة مثلاً وعلم بعدمه يوم الجمعة فانه يمكن ان تسمع في اصل القتل هذا ولو لم يعلم كون سنها اقل لكن شهدت بينة بذلك فهل هي كالقطع او رجع الى تعارض البينتين وجهان اوجههما الثاني ﴿ مسئلة ٦ ﴾ اذا كانت ذبيحة في يد كافر وادعاها مسلم وانتزاعها منه بالبينة او اليمين المردودة فالظاهر انها محكومة بالتذكية خصوصاً اذا لم نقل بكون يد الكافر امارة على عدم التذكية بل هو من باب اصالة عدمها وكذا اذا كانت في يد مسلم وادعاها كافر واخذها بالبينة او اليمين المردودة لسبق يد المسلم واما لو كانت في يد كافر وادعاها المسلم ولم يكن له بينة فحلف الكافر وبقيت في يده فلا يحكم بتذكيته بمجرد ادعاء المسلم انها له وان كان محتملاً نعم لو اشتراها المسلم من الكافر بعد الحكم بكونه له يحكم بكونها مذكى اذا احتمل احرازه تذكيتها ولو كانت الذبيحة بيدهما وادعى كل منهما كلها حكم بتذكيتها ايضاً وان صارت بعد المرافعة للكافر لترجيح يد المسلم على يد الكافر اذا جعلناها امارة على عدم التذكية والا فالامر اوضح لان يد المسلم امارة ومقدمة على اصالة عدم التذكية والظاهر ان الحكم كذلك ولو كان بعضها المنفصل بيد المسلم والبعض الآخر بيد الكافر وقد صرح صاحب الجواهر في بحث لباس المصلي بتقديم يد المسلم في صورة الاشتراك في اليد لكنه هنا بعد بيان حكم الذبيحة التي بيد اثنين متخاصمين فيها قال مما يتفرع على ذلك انه لو كان المتخاصمان في بعض الذبيحة المنفصلين كافراً او مسلماً حكم بكون ما يقضى به للكافر ميتة وما يقضى به للمسلم مذكى وان كان كل واحد من الجزئين انتزعه من الآخر عملاً بظاهر اليد المعتبرة شرعاً ولا يقدح

في ذلك اليد السابقة بل لعل الحكم كذلك في الجزئين المتصلين ضرورة اتحاد المدرك فيهما كما تقدم الكلام في ذلك في قسم العبادات فلاحظ انتهى ويظهر ما فيه مما ذكرنا

(مسئلة ٧) اذا كانت دار في يد اثنين وادعى احدهما الكل والاخر النصف مع عدم البينة لاحدهما يحكم بالنصف لمدعي الكل لعدم النزاع فيه ويصير النزاع في النصف الذي بيد مدعي النصف فان حلف فله وان نكل وقلنا بالحكم بالنكول او رد اليمين على مدعي الكل او رد الحاكم اليمين عليه فحلف فالكل له وان لم يحلف فهو لمن في يده فيكون لكل منهما النصف وان اقام كل منهما بينة بنى على تقديم بينة الداخل او الخارج فعلى الاول تكون بينهما بالمناصفة وعلى الثاني يكون الكل لمدعي الكل وعن ابن الجنيد انهما يقتسمانها مع البينة وعدمها على طريق العول فيجعل لمدعي الكل الثلثان ولمدعي النصف الثلث وذلك لعدم خلوص النصف لمدعي الكل بغير منازع بل كل جزء يفرض يدعي احدهما نصفه والاخر كله ونسبة احدى الدعويين الى الاخرى بالثلث فتقسم العين بينهما اثلاثاً واحد لمدعي النصف واثنان لمدعي الكل كضرب الديان في مال المفلس ولعل نظره الى ان الامارات الشرعية اذا تزاحمت يجب العمل عليها بقدر الامكان فيد مدعي النصف امارة لكونه له وكذا يد مدعي الكل فكان الاول يطلب النصف والثاني يطلب الكل فالمطلوب ثلثة انصاف فهو مثل ما اذا كان لاحد الديان دينار والاخر ديناران ولم يكن للمديون الا دينار فانه يحكم بينهما اثلاثاً اثنان لصاحب الاثنين وواحد لصاحب الواحد فكذا في اليدين ويحتمل ان يكون نظره الى دعوى ظهور نصوص التنصيف بعد الاقراع وعدم اليمين الواردة في تعارض البينتين في ذلك حيث ان كلا من المتنازعين يدعي الكل ويتعذر العمل بقول كل منهما فيكون النقصان مشتركا بينهما ولا يخ ما ذكره من وجه لكنه خلاف المشهور وخلاف ما يظهر من مرسلة ابن المغيرة عن الصادق ع في رجلين كان بينهما درهمان فقال احدهما الدرهمان لي وقال الاخر هما بيني وبينك فقال ابو عبدالله ع اما الذي قال هما بيني وبينك فقد اقر بان احد الدرهمين ليس له فيه شيء وانه لصاحبه واما الاخر فبينهما ونحوها مرسلة ابن ابي حمزة عنه ع ايضاً وعن المختلف موافقة ابن الجنيد فيما لو زاد المدعون على اثنين واستوعب دعاوي غير مدعي الجميع للعين او زادت عليها كما اذا كانت في يد ثلاثة وادعى

احدهم الجميع والاخر الثلثين والثالث الثلث او ادعى احدهم الجميع والاخر الثلثين والثالث النصف فعلى ما ذكره تقسم في الفرض الاول اثنى عشر سهماً ستة لمدعي الجميع واربعة لمدعي الثلثين واثنان لمدعي الثلث وفي الفرض الثاني ثلاثة عشر سهماً ويعطى لمدعي النصف ثلثة ثم في بعض الفروض لا يحصل الفرق بين ما ذكره المشهور وما ذكره ابن الجنيد في القسمة كما اذا ادعى احدهم النصف والاخر الثلث والثالث السدس وكان مدعي الكل خارجاً الذي يد كل منهم الثلث فلصاحب الثلث ما بيده ولصاحب السدس السدس ولصاحب النصف الثلث الذي بيده ونصف الثلث الذي بيد صاحب السدس وعلى المشهور ايضاً اذا كان لكل منهم بينة كذلك وهكذا اذا حلف الكل او نكلوا ولكل مدعي الكل ايضاً بعد الرد عليه

(مسئلة ٨) اذا ادعى كل واحد من اثنين عيناً في يد ثالث انه اشتراها منه واقبضه الثمن فهي له فان كذبهما وحلف لهما سقطت دعويه وحينئذ فان رد اليمين على الاخر او نكل ورد الحاكم اليمين عليه فنكل عن اليمين المردودة سقطت دعويه ايضاً وان حلف اخذ العين وصار النزاع بينه وبين الاول فللاول احلافه كما لو صدق احدهما دفع العين اليه وللاخر احلافه فان حلف سقطت دعويه ويبقى النزاع بينه وبين الاول وان نكل او رد اليمين عليه فحلف ضمن قيمة العين ويبقى النزاع في نفس العين بين المدعيين وان صدق كلاً منهما في النصف دفعه اليه ولكل منهما احلافه في النصف الاخر فان حلف لهما برء وان نكل ضمن لهما القيمة وان حلف لاحدهما ونكل عن الاخر فلكل حكمه وان كان لاحدهما بينة اخذ العين وللاخر احلافه فان حلف سقطت دعويه عنه وان رد اليمين عليه وحلف اليمين المردودة ضمن القيمة له وليس له النزاع مع الاول بعد قيام البينة له وان اقام كل منهما بينته فان سبق تاريخ احديها عمل عليها وبطل البيع بالنسبة الى الاخر لانه باع مالا يملك وان تقارنتا او كانتا مطلقتين او كانت احديهما مطلقة فيرجع الى ترجيح احدى البينتين بالاعدلية والاكثرية فان كان ترجيح والا فالقرعة والحلف على من خرجت باسمه فان حلف والا حلف الاخر وان نكلا قسمت العين بينهما نصفين ورجعا اليه بالقيمة بينهما ولا يقبل قوله لاحدهما بعد البينتين ثم بعد التنصيف لكل منهما خيار الفسخ لتبعض الصفقة

فان فسخا رجع كل منهما الى ثمنه الذى دفعه اليه وان فسخ احدهما رجع دون الاخر المجيز وله اخذ الجميع حينئذ لرفع المانع ويحتمل عدم جواز الفسخ لهما لان التبعض جاء من تقصيرهما بترك التحالف لكنه بعيد هذا ولو تلفت العين المدعاة فى يد المدعى عليه قبل القبض فنزاعهما يرجع الى طلب اعادة الثمن وكل منهما يدعى عليه ذلك لانفساخ البيع بالتلف قبل القبض

(مسئلة ٩) عكس المسئلة السابقة وهى اذا كانت عين فى يد واحد وادعى كل من اثنين انه باعها منه ولم يقبض الثمن فاما ان يكون الثمن المدعى به فى الذمة او فى الخارج وعلى الاول اما متحدان جنساً ووصفاً او مختلفان وعلى الثانى اما متعدد او متحد بان يكون عيناً معينة وعلى اى حال ان كذبهما فعليه الحلف لكل منهما وان صدق احدهما الزم بالدفع اليه وللاخر الحلف عليه وان صدقهما الزم بالثمن لاحتمال صدقهما بان اشترى من احدهما ثم باعها من الاخر ثم اشتراها منه وهذا بخلاف المسئلة السابقة فانه لا يمكن فيها تصديقهما الا بالتنصيف لعدم صحة بيع شيء واحد من شخصين بحيث يملك كل منهما جميعه نعم اذا كان الثمن المدعى به شيئاً واحداً معيناً كان كالمسئلة السابقة لعدم صحة الشراء من اثنين بثمن واحد معين بحيث يكون جميعه لكل منهما وان اقام احدهما بينة الزم بالدفع اليه وللاخر عليه الحلف لمكان الاحتمال المذكور وهذا ايضاً بخلاف المسئلة السابقة فان مع البينة لاحدهما لا يبقى للاخر دعوى وفى المقام ايضاً الامر كذلك اذا كان الثمن كذلك فى الدعويين عيناً معينة وان اقام كل منهما بينة الزم بالثمنين للاحتمال المذكور وان كان تاريخ احديهما اسبق الا اذا كان الثمن عيناً معينة فيكون حينئذ كالمسئلة المتقدمة فى بطلان ما يكون تاريخه متأخراً واما مع اتحاد تاريخهما فيعمل بارجح البينتين عدالة وعدداً ومع التساوى فهى لمن خرجت القرعة باسمه مع حلفه واما مع عدمه فللاخر ان يحلف ويأخذ ومع نكولهما معاً تقسم بينهما مع الاتحاد فى العين او فى الجنس او فى الوصف ومع التعدد والاختلاف فلكل منهما نصف ما ادعاه من الثمن لان الدعوى فى الحقيقة على الثمن وتنصيفه يقتضى تنصيف الثمن وهنا احتمالات اخر ستأتى فى مسئلة تعارض البينات ﴿ مسئلة ١٠ ﴾ اذا ادعى زيد على عمرو انه باعه عيناً معينة وقبض الثمن وادعى بكر على خالد انه باعه تلك العين وقبض الثمن فاما ان تكون العين بيد البايعين او بيد احدهما او بيد ثالث يعترف بانها لاحدهما او يعترف

بانها لهما واما بيد احد المدعيين او بيدهما او بيد ثالث يعترف بانها لهما او يعترف بانها لاحدهما والدعوى امابين كل من المدعيين مع بايعه و امابين المدعيين احدهما مع الاخر فان كانت العين بيد البايعين او من يعترف بانها لهما ولم تكن بينة فان كذباهما سقطت الدعوى مع حلفهما اوردهما ونكول المدعيين عن الحلف وان حلفا اليمين المردودة فتثبت عليهما وتبقى الدعوى بين المدعيين فمع حلفهما او نكولهما تقسم بينهما ومع حلف احدهما دون الاخر يحكم بها للحالف وان صدقاهما يثبت لكل منهما النصف ويرجع كل منهما بالنصف الاخر على بايعه وان صدق احدهما مدعيه دون الاخر ثبت النصف له وفي النصف الاخر يرجع بالثمن على بايعه كما ان الاخر يرجع بالدعوى عليه بتمام الثمن وان كانت العين بيد احد البايعين او من يصدقه وصدق من اشترى منه يثبت مدعاه بالنسبة اليه وتبقى الدعوى بين المدعيين كما انها تبقى بين الاخر وبين بايعه وان كان لاحد المدعيين بينة ثبت قوله وللاخر المرافعة مع بايعه في دعوى الثمن وان كان لكل منهما بينة فمع الترجيح يؤخذ بالارجح ومع عدمه يقرع ويحلف من خرجت باسمه ويأخذ والا فيحلف الاخر ويأخذ ومع نكولهما تقسم بينهما ولهما الرجوع على بايعهما بنصف الثمن كما لغير الحالف الرجوع على بايعه بتمامه ثم مع التنصيف لكل منهما فسخ البيع والرجوع بثمنه فان فسخا رجعا وان فسخ احدهما رجع وليس لغير الفاسخ الاخذ بتمام المبيع كما كان له في المسئلة السابقة والفرق ان في فسخ الفاسخ هنا يرجع نصف العين الى بايعه لا الى بايع المجيز بخلاف السابق وان كانت العين بيد احد المدعيين او بيد من يعترف له فمع عدم البينة يقدم قوله وللاخر احلافه فان حلف سقطت دعويه ورجع بالدعوى على بايعه في استرداد الثمن وكذا ان رد اليمين عليه ونكل وان حلف فتكون العين له وللاول الدعوى على بايعه في استرداد الثمن و ان كان لاحدهما بينة قدم قوله وللاخر الدعوى على بايعه وان كان لكل منهما بينة يرجع الى تقديم بينة الداخل او الخارج وللمحكوم عليه منهما الرجوع على بايعه في استرداد الثمن وان كانت العين بيدهما فمع عدم البينة تقسم بينهما ولكل منهما الرجوع بالدعوى على بايعه بنصف الثمن ومع البينة لاحدهما يقدم قوله ومع كونها لهما تقسم بينهما ولكل منهما الرجوع على بايعه بنصف الثمن (مسئلة ١١) اذا ادعى عبد على مولاه انه اعتقه وادعى اخر انه

باعه منه. فاما ان يكون بيد مولية او بيد المشتري او بيد ثالث يصدق احدهما او لا يد عليه ثم اما ان يكون هناك بينة او لا فمع عدم البينة وكونه في يد مولاه ان كذبهما فلكل منهما عليه الحلف فان حلف لهما سقطت دعويهما وان حلف لاحدهما ورد اليمين على الاخر عمل بمقتضاه وان رد عليهما فحلفا حكم عليه بكون نصفه حراً ونصفه الاخر للمشتري وله عليه رد نصف الثمن ان ادعى دفعه اليه وفي جريان حكم السراية هنا اشكال وان نكلا عن اليمين المردودة سقطت ايضاً دعويهما وان صدق احدهما حكم له وللاخر احلافه وقد يقال اذا صدق العبد ليس للمشتري احلافه بل يحكم ببطلان البيع اذا كان قبل القبض لان الاقرار بالعتق اتلاف ويمكن ان يمنع كونه اتلافاً بل هو من الحيلولة بينه وبين ماله لكن الاوجه الاول وقد يقال انه اذا صدق المشتري ليس للعبد احلافه لانه لو اقر بعد ذلك بالعتق لم يقبل لانه اقرار في حق الغير فلا يسمع ولا يوجب الغرم للعبد ايضاً فلا ينفع الاحلاف (وفيه انه) يثمر فيما اذا صار له بعد ذلك بالشراء او الارث او نحوهما فانه ينعتق عليه لاقراره مع انه قد يقال بوجوب شرائه واعتاقه اذا اقر بعتقه بعد الاقرار بالبيع فيمنع عدم الثمرة في احلافه وان صدق كلاً منهما فيحكم بكون نصفه حراً ونصفه للمشتري ومع يساره ينعتق كله للسراية لاعترافه بعتق نصفه اختيارا (وان كان) في يد المشتري يحكم بكونه له ولكل من المولى والعبد احلافه (وان كان) بيد ثالث فذو اليد من اعترف له به ويظهر حكمه مما مر وان لم يكن في يد احد فحكمه حكم ما لو كان بيد المولى بمقتضى استصحاب بقاء ملكه واما اذا كانت هناك بينة فان كانت لاحدهما فيعمل على طبقها وان كانت لكل منهما فمع سبق تاريخ احديهما يعمل بها لبطلان المتأخر ومع تقارنهما او اطلاقهما او اطلاق احديهما فان كان العبد في يد المشتري يبنى على تقديم بينة الخارج او الداخل ومع كونه في يد المالك او عدم يد عليه يعمل بالارجح منهما ومع التساوي فالقرعة مع حلف من خرجت باسمه ومع عدم حلفه يحلف الاخر ومع نكولهما فالحكم هو التنصيف ويكون للمشتري خيار الفسخ للتبعض ومع فسخه يرجع على المالك بالثمن ويكون العبد بتمامه حراً للعمل ببينته بعد رفع المزاحم ومع عدم الفسخ يرجع بنصف الثمن وهل يسري الى النصف الاخر مع يسار المولى الاقوى هو السراية

وقد يقال بعدمها لكون العتق قهرياً مع ان الواقع اما عتق الكل او البيع اوعدم كل منهما وعلى الجميع لا معنى للسراية (وفيه) على تقدير اختصاص السراية بالعتق الاختياري ان بناء الاحكام على مقتضى ظاهر الادلة وهو هنا عتق النصف بالبينة ولو بعد اعمال قاعدة التعارض (مسئلة ١٢) اذا كان شيء بيد واحد وادعاه اثنان واعترف به لاحدهما ثم اقام الآخر بينة انه له اخذه ولا يضمن المقر لمن اقر له الا ان يكون يده عليه يد ضمان واخذه ذو البينة قبل الدفع اليه وان اقام البينة بعد الدفع الى المقر له ولم تمكن من الاخذ منه ضمن له لانه باقراره له حال بينه وبين مالكه (مسئلة ١٣) اذا ادعى على انسان من ذكر او انثى رقيته له فاما ان يكون كبيراً عاقلاً او صغيراً او مجنوناً ثم اما ان يكون تحت يد المدعي وتصرفه او اشتراه من ذي يد كذلك او لا يكون كذلك اما اذا كان كبيراً ولم يكن تحت تصرفه ولا اشتراه ممن له يد عليه فان انكر ولم يكن للمدعي بينة فعليه الحلف لاصالة الحرية الثابتة بالاعتبار والاخبار كصحيح عبد الله بن سنان قال سمعت اباعبد الله ع يقول كان علي بن ابي طالب ع يقول الناس كلهم احرار الا من اقر على نفسه بالعبودية وهو مدرك من عبد او امة ومن شهد عليه بالرق صغيراً كان او كبيراً وخبر حمران بن اعين سئلت اباجعفر ع عن جارية لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل وامرأة ادعى الرجل انها مملوكة له وادعت المرأة انها ابنتها فقال ع قد قضى علي ع قلت وما ذاك في هذا قال كان يقول الناس كلهم احرار الا من اقر على نفسه بالرق وهو مدرك ومن اقام بينة على من ادعى من عبد او امة فانه يدفع اليه ويكون رقاً قلت فما ترى انت قال ارى ان يسئل الذي ادعى انها مملوكة له بينة على ما ادعى فان احضر شهوداً يشهدون انها مملوكة لا يعلمون انه باع ولا وهب دفعت الجارية اليه حتى تقيم المرأة من يشهد لها ان الجارية ابنتها حرة مثلها فلتدفع اليها وتخرج من يد الرجل قلت فان لم يقم الرجل شهوداً انها مملوكة له قال تخرج من يده فان اقامت المرأة البينة على انها ابنتها دفعت اليها وان لم يقم الرجل البينة على ما ادعى ولم تقم المرأة البينة على ما ادعت خلى سبيل الجارية تذهب حيث شائت وان اقر برقيته حكم عليه بها لعموم اقرار العقلاء وللخبرين ودعوى انه يشترط في المقر الحرية فمع الجهل بها لا يقبل اقراره لا وجه لها لمنع اشتراطها في الاقرار وانما المعلوم ان اقرار

المملوك المعلوم رقيته لا يقبل على مولاه كيف والا فلا اشكال في صحة اقرار المملوك على
نفسه بمال او جناية وان كان معلوم الرقية وانه يتبع به بعد العتق ولا فرق فيما
ذكرنا بين اللقيط وغيره وخلاف ابن ادريس في اللقيط وانه لا يقبل اقراره
بعد البلوغ لسبق الحكم بحريته شرعا لقوله ع ان اللقيط لا تباع ولا تشترى وفي آخر
اللقيطة حرة وقوله ع في خبر آخر المنبوذ حر ونحوه غير ضعيف لظهور الاخبار انهما
محكومان في الظاهر بالحرية مالم ينكشف الخلاف ومن باب اصالة الحرية اذا كانا في دار
الاسلام ثم ان اقراره انما ينفذ في حق نفسه لا في حق غيره كاقرار المرأة بالنسبة الى زوجها
اذا ارادت ابطال الزوجية اقرار من عقد عقدا لازما او عمل تبرعا ويريد اثبات الضمان
اودفع وجوب النفقة واما بالنسبة الى الحد اذا اتى بموجبه فيما فيه الفرق بين المملوك
والحر فيمكن ان يقال لا يسمع للشبهة الدارئة وان كان مقتضى القاعدة سماعه لانه على
نفسه وفي اعتبار الرشد في صحة اقراره وجهان بل قولان من انه ليس اقرارا بالمال
والحجر مخصوص بالتصرف المالي ومن ان نفسه مال ويمكن الفرق بين ما اذا كان في يده
مال وبين غيره ومقتضى اطلاق الاخبار عدم الاشتراط ولا فرق بين كون المقر له
مسلما او كافرا وان كان هو مسلما غاية الامر انه لو كان مسلما يجبر الكافر على بيعه
من المسلم ولو رجع عن اقراره بالرقية لا يقبل منه الا اذا ادعى تاويلا ممكنا في حقه كما اذا
ادعى انه تخيل ان من كان احد ابويه رقا رق او نحو ذلك على اشكال واما اذا كان للمدعي بينة
فيحكم برقيته له لعموم حجيتها وخصوص الخبرين ولو كان له ايضا بينة على حريته فيمكن
ان يبنى على تقديم بينة الخارج او الداخل حيث انه ذو يد على نفسه فتكون بينته بينة الداخل
وما يظهر من بعضهم من عدم العلم بكونه ذا يد لانه لو كان عبدا فلا يد له مدفوعة بان ذلك اذا
علم كونه عبدا والا فكل انسان له يد على نفسه ويمكن ان يقال بتقديم بينته مطلقا تغليبا
لجانب الحرية ولما يظهر من خبر حمران المتقدم حيث دل على انه لو كان للرجل بينة تدفع
الجارية اليه حتى تقيم المرأة البينة على انها ابنتها فلتدفع اليها وتخرج من يد الرجل هذا واما
اذا كان تحت يده ويتصرف فيه تصرف الملاك ثم ادعى انه حر او اشتراه من ذي يد كذلك
فالظاهر عدم سماع دعويه الا بالبينة تقديما لليد على اصالة الحرية ويمكن ان يستدل عليه بما
في خبر مسعدة بن صدقة او مملوك واهله حر قد باع نفسه او قهر فبيع او خدع الى آخره

وكذا لو كان يباع في السوق فانه لا تقبل دعواه الا بالبينة ويمكن ان يستدل عليه مضافاً الى حمل فعل المسلم على الصحة بخبر حمزة بن حمران قلت لابي عبدالله ع ادخل السوق فاريد ان اشتري الجارية فتقول اني حرة فقال اشترها الا ان تكون لها بينة. واما اذا كان صغيراً اولم يكن في يده فلا تسمع دعواه الا بالبينة لاصالة الحرية وكذا المجنون والكبير الساكت وان كان تحت يده بلا معارض فالمشهور الحكم برقيته لليد والدعوى بلا معارض نعم لو بلغ له المعارضة وادعائه وقد يقال بعدم سماع دعويه بعد البلوغ ايضاً لسبق الحكم برقيته وفيه مالا يخفى. والظاهر ان الحكم كذلك في المجنون لكن الحكم بالرقية مع عدم سبق التصرف وعدم الاشتراء من السوق مشكل واما مع وجود المعارض فلا يحكم برقيته بمجرد اليد كما يظهر من خبر حمران المتقدم هذا ولو ادعى رقيته اثنان فان كذبهما حلف لكل منهما وان صدق احدهما حكم له به وكذا ان اقام احدهما بينة وان صدقهما حكم بالتنصيف بينهما وكذا ان اقاما بينة مع عدم المرجح لاحدى البينتين بعد القرعة ونكولهما عن الحلف وان حلف من خرج اسمه فهو له وان نكل عن الحلف وحلف الآخر فهو له وقد يقال بعدم العبرة بتصديقه لاحدهما لعدم كونه ذا يد على نفسه وفيه ما عرفت

﴿ مسئلة ١٤ ﴾ قالوا اذا ادعى مالا لا يد لاحد عليه من غير معارض ليس لاحد منعه من التصرف فيه ويحكم بانه له من غير حاجة الى البينة ولا الحلف ويصح تصرفاته وان ادعاه مدع آخر بعد ذلك يحتاج الى الاثبات لانه مدع والاول مدعى عليه فيجري بينهما حكم المدعي والمنكر الا اذا كان بحيث يقال انهما ادعيا معاً ودفعة بان يكون الفصل بين الدعويين قليلاً واستدلوا على اصل الحكم مضافا الى الاصل اي اصالة عدم جواز منعه من التصرف وحمل افعال المسلمين على الصحة والاجماع بموثقة منصور بن حازم عشرة كانوا جلوساً ووسطهم كيس فيه الف درهم فسئل بعضهم بعضاً الكم هذا الكيس فقالوا كلهم لا فقال واحد منهم هو لي قال هو للذي ادعاه وبصحيحة البزنطي عن الرجل يصيد الطير الذي يسوى دراهم كثيرة وهو مستوي الجناحين وهو يعرف صاحبه ايحل امساكه قال اذا عرف صاحبه رده عليه وان لم يكن يعرفه وملك جناحه فهو له وان جاء طالب لا يتهمه رده عليه ولكن القدر المعلوم هو عدم جواز مزاحمته ومنعه ومعارضته واما الحكم بكونه له بمجرد دعويه خصوصا قبل اثبات اليد عليه فمشكل ولا

يستفاد من الادلة المذكورة اما الاولان فواضح واما الاجماع فالقدر المتيقن منه ذلك واما الموثقة فيمكن ان يقال ان الحكم فيها من حيث حصول العلم بان الكيس لذلك الذي ادعاه فان الظاهر انه لم يكن خارجاً عنهم ومع نفي غيره ينحصر فيه مع ان في موردها كان الكيس في يد الجماعة واذا نفى الجميع كونه لهم تبقى يد ذلك الواحد ومقتضاها كونه له فيخرج عن موضوع مسئلتنا وهو صورة عدم اليد واما الصحيحة فقد يقال ان الامر فيها بالرد المقيد بعدم الاتهام وحقيقة ذلك عدم تجويز كذبه اذ معه يصدق الاتهام ومع عدم تجويز كذبه يعلم ملكيته مع ان في مثل موردها لا تجري قاعدة الدعوى بلا معارضه لاختصاصها كما يأتي بما لم يكن في يد شخص مكلف بالدفع الى صاحبه و الا فلا تجري فيه كما في اللقطة ونحوها بل لا بد من البينة فلا وجه لاستدلال بها ولا بد من حملها على صورة حصول العلم بانه للمدعي وكون المراد من عدم الاتهام العلم بصدقه (ثم على القول) بالحكم بملكيته له تمنع ان من جاء بعد ذلك وادعى ايضاً ملكيته يكون مدعياً ويجري عليهما احكام المدعي والمنكر فانه اذا قال كان لي من حين حصول يدك عليه يكون معارضاً له ولا تكفي مثل هذه اليد التي حالها معلوم في الحكم بكونه منكراً وكون من ادعى بعده مدعياً بل هما متداعيان فهو مثل ما اذا اخذ الوارث مال مورثه بدعوى الانحصار فيه ثم جاء اخر من بلد اخر وادعى كونه وارثاً فان يد الاول لا توجب كونه منكراً وكون الاخر مدعياً بل هما متداعيان في عرض واحد وكما اذا اقام واحد بينة على ان المال الفلاني له واخذه ثم جاء اخر وادعاه ايضاً واقام بينة فانهما في عرض واحد ولا تدخل تحت قاعدة تعارض الداخل والخارج (ثم انه لا يكفي) مجرد عدم وجود المعارض حال الدعوى بل لا بد من تحقق كونه بلا معارض ويختلف هذا بحسب المقامات ففي مثل الكيس يكفي عدم وجوده حين الدعوى وفي الدار والبستان والمزرعة والقناة ونحوها لا يصدق الا بعد اطلاع جميع اهل ذلك البلد وذلك المكان وهكذا في الحيوان الذي لا يد لاحد عليه في البلد وفي البرية يكفي عدم المدعي هناك (ثم انه لا يجري) حكم الدعوى بلا معارض في المال الذي تحقق كونه مجهول المالك بعد الفحص والبحث بعد اثبات الحاكم الشرعي يده عليه بل قبل اثبات يده فيحتاج الحكم بكونه للمدعي الى البينة وكذا لا يجري

فيما اذا كان قول المدعي مخالفاً الاصل فلو ادعى وكالة عن زيد في بيع ماله مع عدم كونها في يده او في طلاق زوجته او في نكاح ابنته او نحوها لا تسمع بدون البينة لان الاصل عدم الوكالة نعم لو كانت الدار بيده و اراد ان يبيعها بدعوى الوكالة يجوز شراؤها منه من غير حاجة الى البينة لمكان يده عليها (وايضاً لا يجري) فيما لو كان المال بيد غيره المعترف بانه ليس له لكن كان مكلفاً بايصاله الى مالكه كالامانة التي لا يعلم مالكها والمجهول المالك الذي صار بيد شخص واللقطة ومال الميت الذي لم يعلم وارثه ونحو ذلك فلا يدفع الى المدعي الا بالبينة وان لم يكن له معارض لان ذا اليد مكلف بايصاله الى مالكه واولى من ذلك اذا كان المال في ذمته كما اذا علم انه مديون لواحد ولم يعرفه نعم لو كان المال تحت يد شخص عرفاً ولكن لم يكن مكلفاً بالدفع الى صاحبه يجري عليه حكم الدعوى بلا معارض كما اذا دخل داره دابة او دجاجة او اطار الهواء شيئاً في داره وجاء من يدعي انه له فانه يجوز له ان يخلي بينه وبين ذلك المال فانه وان صدق انه في يده من حيث كونه في داره لكنه ما لم يثبت يده عليه لا يكون مكلفاً بايصاله الى مالكه فهو داخل في القاعدة على فرض ثبوتها ويحكم بكونه للمدعي اذا لم يعارضه احد (فروع) احدها لو ادعى اثنان على وجه الشركة مالاً لا يد لاحد عليه فالظاهر جريان حكم المدعي بلا معارض عليهما بناء على ثبوته واما لو ادعى كل منهما جميعه ففي جريانه بمعنى نفي الثالث والحكم بانه لاحدهما وعدمه وجهان من وجود المناط ومن خروجه عن النص وعدم معلومية شمول الاجماع ويظهر الثمر بين الوجهين فيما لو ظهر مدع اخر بعد ذلك فانه يكون في عرضهما على الثاني ويجري بينهما وبينه قاعدة المدعي والمنكر على الاول (الثاني) اذا كان وقف لم يعلم مصرفه اولم يعلم المتولي له ولم يكن في يد احد كدار خربة او كتاب او قرآن او نحو ذلك فادعى شخص كونه وقف على الفقراء مثلاً وانه منهم او انه المتولي عليه ولم يكن له معارض فهل يحكم له او لا وجهان من خروجه عن مورد النص والاجماع ومن عدم الفرق بينه وبين موردها (الثالث) لو صاد شخص حيواناً وحشياً كغزال او طاير او سمكة فادعى اخر انه كان له وانه صاده ثم انفلت من يده ولم يكن له معارض فهل يحكم له اولا وجهان من اختصاص القاعدة في ظاهر كلماتهم بما يكون مملوكيته معلومة وفي الفرض

يحتمل كونه من المباحاة و من شمول صحيحة البزنطي له حيث قال وان جاء طالب لايتهمه رده عليه بناء على عدم حمله على صورة العلم بكونه له (الرابع) اذا نفاه اولاً وقال انه ليس لي ثم ادعى ثانياً انه له فهل تسمع دعواه ام لا يحتمل السماع وفاقا لصاحب الجواهر لاصالة صحة قوليه معاً لاحتمال التذكر وغيره بل قد يدعى ظهور خبر الكيس فيه حيث قال فقالوا كلهم لا فقال واحد منهم هو لي لكن فيه ان قوله كلهم اي كل البعض من السائل والمسئول عنه لا كل العشرة لـم قوله فقال واحد منهم اي واحد من العشرة فلا ظهور فيه (مسئلة ١٥) اذا تنازع الزوجان في متاع البيت مع بقاء الزوجية او بعد زوالها او تنازع وارثهما او وارث احدهما مع الاخر سوآء كان البيت لهما او لاحدهما او للغير ولو كان في يدهما بنحو ان فان كانت هناك بينة فلا اشكال والا ففي المسئلة اقوال (احدها) ان ما يصلح للرجال للرجل وما يصلح للنساء للمرأة وما يصلح لهما يقسم بينهما بعد التحالف او النكول وهو المحكي عن النهاية والخلاف والاسكافي والحلي واسنده في المسالك الى الاكثر وعن نكت النهاية الى المشهور بل عن السرائر والخلاف الاجماع عليه وعن المبسوط اسناده الى روايات الاصحاب ويدل عليه صحيحة رفاعه اذا طلق الرجل امرأته وفي بيتها متاع فلها مايكون للنساء ومايكون للرجال والنساء قسم بينهما قال واذا طلق الرجل المرأة فادعت ان المتاع لها وادعى الرجل ان المتاع له كان له ما للرجال ولها ما للنساء وموثقة يونس في المرأة تموت قبل الرجل او رجل قبل المرأة قال ما كان من متاع النساء فهو للمرأة وما كان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما ومن استولى على شيء منه فهو له وموثقة سماعة عن رجل يموت ماله من متاع البيت قال السيف والسلاح وثياب جلده ولا يضر عدم اشتمال كل منها على التفصيل المذكور بعد دلالة المجموع عليه الثاني ان الجميع للمرأة الا ما اقام الرجل عليه البينة وهو المحكي عن الاستبصار والكافي للكليني وعن التهذيب وشرح المفاتيح واستدل عليه بصحيحة عبد الرحمن ابن الحجاج البجلي قال سئلني ابو عبدالله ع كيف قضاء ابن ابي ليلى قلت قضى في مسئلة واحدة باربعة وجوه في التي يتوفى عنها زوجها فيجيء اهله واهلها في متاع البيت فقضى فيه بقول ابراهيم النخعي ما كان من متاع الرجل فللرجل وما كان من متاع النساء فللمرأة وما

كان من متاع يكون للرجل والمرأة قسمه بينهما نصفين ثم ترك هذا القول فقال المرأة بمنزلة الضيف فى منزل الرجل لو ان رجلاً اضاف رجلاً فادعى متاع بيته كلف البينة كذلك المرأة تكلف البينة والا فالمتاع للرجل ورجع الى قول آخر فقال القضاء ان المتاع للمرأة الا ان يقيم الرجل البينة على ما احدث فى بيته ثم ترك هذا القول ورجع الى قول ابراهيم الاول فقال ابو عبدالله ع القضاء الاخير وان كان قد رجع عنه المتاع متاع المرأة الا ان يقيم الرجل البينة قد علم من بين لابتيها يعنى بين جبلى منى لانه قال ونحن يومئذ بمنى ان المرأة تزف الى بيت زوجها بمتاع وصحيحة اخرى له عنه ع هل قضى ابن ابى ليلى بقضاء ثم رجع عنه فقلت بلغنى انه قضى فى متاع الرجل والمرأة اذا مات احدهما فادعى الحى ورثة الميت او طلقها الرجل فادعاه الرجل وادعته المرأة باربع قضيات عددها الى ان قال فى الرابعة ثم قضى بعد ذلك بقضاء لولا انى شاهدته لم اروه عليه ماتت امرئة منا ولها زوج وتركت متاعاً فرفعته اليه فقال اكتبوا الى المتاع فلما قرء قال للزوج هذا يكون للرجل والمرأة فقد جعلناه للمرئة الى الميزان فانه من متاع الرجل فهو لك الى ان قال فقلت ما تقول انت فيه فقال القول الذى اخبرتنى انك شهدته وان كان قد رجع عنه فقلت يكون المتاع للمرئة فقال ارأيت ان اقامت بينة الى كم كانت تحتاج فقلت شاهدين فقال لو سئلت من بينهما يعنى الجبلين ونحن يومئذ بمكة لاخبروك ان الجهاز والمتاع يهدى علانية من بيت المرئة الى بيت زوجها فهى التى جائت به وهذا المدعى فان زعم انه احدث فيه شيئا فليأت عليه بالبينة وقريبة منها صحيحة الثالثة وفيها ايضاً استثناء الميزان فى القضاء الرابع لكن مقتضى الجمع بين الاولى والاخيرتين التخصيص بما عدا مختصات الرجل كما هو ظاهر الاخيرتين لان الامام ع قال القضاء الاخير وان كان قد رجع عنه الى آخره وفيه قد استثنى الميزان الذى هو من مختصات لرجل ومن المعلوم عدم الفرق بينه وبين غيره من المختصات به فلا وجه للتمسك بها للقول المزبور مع انه على ما قيل وجود القائل به غير معلوم فان نسبته الى الكلينى الا لمجرد نقل هذه الاخبار فيكون كالصدوق قائلاً بالقول الآتى وما ذكره الشيخ فى الاستبصار ليس صريحا ولا ظاهراً فى الاختيار وانما غرضه امكان الجمع بين الاخبار نعم عن شرح المفاتيح انه رجحه (الثالث) ان ما يصلح للرجل له وما يصلح لهما او النساء لها نسب الى الصدوق فى الفقيه ومستنده الصحاح

المذكورة للبجلي بالتقريب المذكور (الرابع) الرجوع في ذلك الى العرف والعادة في الاختصاص باحدهما فان وجد عمل به وان فقد اواضطرب كان بينهما نصفين حكي عن المختلف ونبه ه الشهيدان وجماعة من المتأخرين لان عادة الشرع في باب الدعاوي بعد الاعتبار والنظر راجعة الى ذلك ولهذا حكم بقول المنكر مع اليمين بناء على الاصل وكون المتشبث اولى من الخارج لقضاء العادة بملكية ما في يد الانسان غالباً فحكم بايجاب البينة على من يدعي خلاف الظاهر والرجوع الى من يدعي الظاهر واما مع انتفاء العرف فلتصادم الدعويين مع عدم الترجيح لاحدهما فتساويا فيما قيل ويؤيده استشهاد الامام ع بالعرف حيث قال قد علم من بين لابتيها وقال لو سئلت من بينهما الى آخره (الخامس) انهما فيه سواء مطلقا من غير فرق بين المختصات والمشتركات فان حلفا اونكلا قسم بينهما وان حلف احدهما ونكل الاخر فهو للحالف كما في ساير الدعاوي حكي عن القواعد والارشاد والايضاح والتنقيح وحكي عن المبسوط ايضاً الا ان كلامه ليس صريحاً في الفتوى به والاقوى هو القول الاول للاخبار المذكورة المعتضدة بالشهرة والاجماع المنقول ولا معارض لها الا صحاح البجلي وهي بقرينة التعليل المذكور فيها مختصة بما اذا كانت العادة نقل الجهاز واثاث البيت من بيت الزوجة ولعل الحال كان كذلك في الزمان السابق لا اذا كان بالعكس بان يكون المتعارف كون الجميع من مال الزوج او كان بعضه منه كما هو الغالب في هذه الازمان وهذه البلدان بل يمكن ان يقال ان الحكم فيها مختص بالمتاع الذي علم كونها اتت به من بيتها وكان الشك في انه هل حدث فيه شيء اولا لاستصحاب هانه على حاله لا كل ما كان في البيت ولم يعلم حاله حتى مع العادة المذكورة ويكون المراد الرد على القول بان الزوجة بمنزلة الضيف في بيت الرجل كما هو احد اقوال ابن ابي ليلى هذا مضافا الى ندرة العامل بها على احد الوجهين من كون الجميع للمرأة او كون ما عدا المختصات بالرجال لها وكيف كان فلا مانع من العمل باخبار المشهور مع انه يمكن ان يقال ان الحكم فيها على القاعدة بدعوى ان المراد من قوله ع له ما للرجال ولها ما للنساء ليس مجرد ما يصلح له او لها بل كان مع ذلك مما يستعمله ويتمتع به او تستعمله وتتمتع به فيكون له او لها يد زايدة على اليد البيتية المشتركة فان هذه اليد مقدمة على اليد المشتركة كما انه لو كان لاحدهما مضافاً الى اليد المشتركة يد مختصة به بان يكون المتاع الذي

في البيت الذي بيديهما في قبة مختصة به او بها او بخزانة مختصة او صندوق مختص فانها مقدمة على اليد المشتركة وعلى اليد الانتفاعية والاستعمالية والحاصل انه اما لا يكون لهما الا اليد البيتية المشتركة او يكون لاحدهما يد زايدة عليها وهي اليد الاستعمالية او يكون لاحدهما يد مختصة وهي اليد الفعلية المشاهدة مضافاً الى اليد المشتركة فهذه مقدمة على السابقتين كما ان الثانية مقدمة على الاولى ومن هنا يمكن ان يدعى جواز التعدي عن مورد الاخبار الى مثل الاخ والاخت والام والابن اذا كانا في بيت واحد وتنازعا في الامتعة التي فيه بل جوازا التعدي الى مثل النجار والعطار اذا كانا في بيت واحد وتنازعا فيما فيه من الامتعة كما انه يمكن ان يقال بالفرق بين ما اذا كان البيت للزوجة ويأتيها الزوج كالضيف ثم يرجع الى داره او بالعكس ثم الظاهر عدم الفرق بين الزوجة الدائمة والمتعة اذا كانت في بيته كالدائمة ثم اذا لم يكن تنازع وشك في ان المتاع لايهما فالظاهر ان الحكم كما ذكر من غير حاجة الى الحلف كما يظهر من صدر خبر رفاعة هذا كله اذا لم يكن لاحدهما بالنسبة الى بعض المتاع ملكية سابقة والا فقتضى الاستصحاب بقائه على ما كان وهو مقدم على اليد المشتركة للاخر لانه يبين كيفية اليد ثم ان الاخبار ساكتة عن ذكر الحلف والتحالف ولعله من جهة كونها بصدد بيان من يقدم قوله منهما الا لبيان الحكم من جميع الجهات ﴿ مسئلة ١٦ ﴾ اذا ادعى الاب انه اعار بنته الحية او الميتة بعض ما عندها وانه باق على ملكه لا تسمع منه الا بالبينة ومع عدمها ليس له الا احلافها او احلاف وارثها ان ادعى عليه العلم بذلك وكذا الحال اذا كان المدعى للاعارة امها او ابو زوجها او امها او بعض ارحامهما او غيرهم لكن يظهر من رواية جعفر بن عيسى الفرق بين الاب وغيره في صورة موت البنت قال وكتبت الى ابي الحسن ع جعلت فداك المرئة تموت فيدعي ابوها انه اعارها بعض ما كان عندها من متاع وخدم اتقبل دعواه بلا بينة ام لا تقبل دعواه بلا بينة فكتب يجوز بلا بينة قال كتبت اليه جعلت فداك ان ادعى زوج المرأة الميتة او اب الزوج او ام زوجها في متاعها او خدمها مثل الذي ادعى ابوها من عارية بعض المتاع او الخدم ايكونون بمنزلة الاب في الدعوى فكتب ع لا وحيث انها مخالفة للقواعد العامة المحكمة اعرض عنها الاصحاب ولم يعملوا بها الا ما يحتمل ان يكون فتوى الصدوق حيث انه رواها في الفقيه

وقد قال في اوله انه لا يروى فيه الا ما يعمل به مع انه رجع عن هذا القول على ما عن بعض الافاضل وذكروا لها محامل وتأويلات بعيدة والاولى طرحها لعدم مقاومتها بعد اعراض الاصحاب عنها للعمومات نعم لو كانت البنت حية وادعت ان اباها ملكها الصبير مدعية ويكون عليها الاثبات بل لو كانت ميتة وادعى وارثها التمليك من ابيها يكون مدعيا والاب منكراً فالقول قول الاب على ما ذكره صاحب الجواهر قال ويمكن حمل الخبر المزبور عليه ولا ينافيه الفرق بين الاب وغيره لامكان دعوى غلبة كون الدعوى بينه وبين البنت بخلاف غيره ولو فرض كون الدعوى على حسب ما عرفت كان القول قولهم ايضاً كالاب انتهى، يمكن ان يقال اذا ادعى الوارث التمليك لمورثه وان كان موجباً لسقوط يده لكن لا يوجب سقوط يد مورثه لان سقوطها انما هو بكونه مدعيا ولم يكن منه دعوى فتبقى يده حجة للوارث ولعله يأتي لهذا مزيد بيان

﴿ الفصل الثالث عشر في تعارض اليدين والبينتين ﴾

(مسئلة ١) اذا تعارضت اليد الحالية مع اليد او الملكية السابقتين ففي تقديم الاولى او الثانية قولان الاكثرون على الاول واختار في الشرايع الثاني وعن الارشاد ايضاً الميل اليه وعن التحرير احتمال التساوي والاقوى الاول لظهور اليد في الملكية وكونها امارة عليها ولا يعارضها استصحاب حكم اليد او الملكية السابقة لانه اصل واليد امارة ولا وجه لما في المستند من كون اليد ايضاً من الاصول ودعوى ان اعتبارها مشروط بعدم كون الاستصحاب على خلافها ممنوعة لعموم ادلتها مع انها في غالب الموارد مخالفة للاصل واما ما يمكن ان يقال من انه اذا ثبتت الملكية السابقة للسابق فلابد لذي اليد الحالية من اثبات الانتقال اليه والاصل عدمه مدفوع بان حال هذا الاصل ايضاً حال الاستصحاب في عدم صلاحيته للمعارضة مع اليد ودعوى انه يعد حينئذ مدعياً وصاحب اليد السابقة منكراً كما ترى (واما ما استدل به) للقول الثاني من انه اذا كانت اليد الحالية دليلاً على الملكية فالسابقة بالاولى لمشاركتهما في الدلالة على الملك الحالي وانفراد السابقة بالملك السابق ففيه ان دلالة السابقة على الملك الحالي انما هي بضميمة الاستصحاب بل هو الدليل واذا سقط في قبال اليد فلا يبقى وجه للترجيح هذا مع ان المدعي يدعي الملكية

الحالية وبينته تشهد بالملكية السابقة فلا تكون بينته مطابقة لدعواه الا باعمال الاستصحاب المفروض سقوطه باليد هذا ولصاحب المستند في المقام كلام لا بأس بنقله وبيان ما فيه فانه بعد اختياره القول الاول والخدشة في دليله بدعوى ان اليد كالاستصحاب من الاصول فيتعارضان ويتساقطان قال ما محصله انهما وان سقطا بالمعارضة ولم يبق لشيء منهما حكم الا ان اليد المشاهدة الموجودة بالعيان باقية بلا معارض والاصل عدم التسلط على انتزاع العين من يد ذيها وعدم جواز منعه من التصرفات حتى مثل البيع والاجارة اذ غايته الامر عدم الدليل على ملكيته ولكن لا دليل على عدمها ايضاً مع ان هذه التصرفات ليست موقوفة على الملكية لجوازها بالاذن والتوكيل والولاية ونحوها فتبقى اصالة عدم التسلط واصالة جواز تصرفاته فان قيل الاصل بقاء تسلط المالك الاول على منع الغير عن التصرفات وبه يندفع اصالة عدم التسلط قلنا ليس تسلط الاول كالملكية التي اذا حدثت يحكم عليها بالاستمرار الى ان يثبت المزيل بل يمكن ان يقال انه مقيد بما دام في اليد والقدر المعلوم هو هذا فبعد زوال قيده يزول ويتغير الموضوع وايضاً يمكن التمسك بقوله ع البينة للمدعي واليمين على من انكر بدعوى ان في العرف يعد الخارج مدعياً وصاحب اليد منكراً فوظيفة الاول اقامة البينة ووظيفة الثاني اليمين (وفيه اولا) انه في بيان المعارضة عبر بقوله ان اقتضاء اليد للملكية يعارض استصحاب الملكية مع ان المعارضة بين نفس اليد والاستصحاب لكن من حيث حكمهما لا بين حكم اليد ونفس الاستصحاب فلا وجه للتعبير المذكور (وثانياً) انه اذا سقط حكم اليد فتكون كالعدم وحال ذيها وغيره سواء فلو اراد المدعي ان يتصرف فيها لا يجوز لذي اليد منعه لان الاصل عدم تسلطه على ذلك (وثالثاً) بعد عدم الحكم لليد وعدم كونها دليلاً على الملكية كيف يجوز للغير ان يشتري منه او يستأجر او يقبل منه ونحو ذلك من التصرفات الموقوفة على الملك مع انه ليس وكيلاً ولا ولياً ولا مأذوناً من قبل المالك لان المفروض انه يدعي الملكية لا الوكالة او الولاية او نحوهما فلا ينفع جواز هذه التصرفات من هذه الاشخاص في جوازها له ولمن يشتري منه مثلاً (ورابعاً) ما ذكره من ان تسلط المالك السابق على منع الغير مقيد ببقاء اليد ممنوع بل هو كالملكية في عدم التقيد باستمرار اليد

(وخامساً) لا ليس مصدق المنكر عليه بعد سقوط حكم يده نعم الامر كما يقول من ان العرف يعده منكراً لكن هذا من جهة كون اليد عندهم امارة ومقدمة على الاستصحاب فهذا دليل على عدم سقوطها بالمعارضة معه (وكيف كان) فلا ينبغي الاشكال في ان الاقوى هو ما عن الاكثرين من تقديم اليد اللاحقة نعم لو اقام المدعي بينة على ان العين المدعى بها كانت له او بيده سابقاً وان ذا اليد اخذها منه غصباً أو عارية أو امانة أو بعنوان الاجارة أو نحوها قدم قوله لان مقتضى الاستصحاب بقاء اليد السابقة على حالها وهذا استصحاب موضوعي مبين لحال اليد وكيفيتها فهو مقدم عليها هذا كله اذا لم يكن صاحب اليد مقراً بان العين كانت للمدعي او بيده سابقا بل شهدت البينة بذلك واما لو اقر بها فالمشهور انقلابه مدعياً والمدعي منكراً لرجوعه حينئذ الى دعوى الانتقال منه اليه وكذا اذا شهدت البينة بانه اقر في السابق انه له ففي الكفاية انه قال وفي كلامهم القطع بان صاحب اليد لو أقر امس بان الملك له اي للمدعي أو شهدت البينة باقراره امس له او اقر بان هذا له امس قضى به له وفي اطلاق الحكم بذلك اشكال انتهى قلت نعم في الحكم المذكور اشكال اذ نمنع صيرورته بذلك مدعياً لانه لا يدعي الانتقال بل مدعي الملكية متشبثاً باليد خصوصاً اذا كان الاقرار سابقاً او شهدت البينة باقراره سابقاً نعم لو ادعى الانتقال اليه بان كان مصب الدعوى الشراء او عدمه مثلاً يكون مدعياً واما اذا قال هذا كان سابقا له و الان هو لي ولم يذكر اني اشتريته أو انتقل الي بان كان مصب الدعوى كونه له أو ليس له فلا يكون مدعياً نعم يكون مدعياً للملكية وحجته على ذلك يده الفعلية (مسئلة ٢) اذا تعارضت البينات في شيء فاما ان يكون بيد احد الطرفين او بيدهما أو بيد ثالث أولا يد عليه وللعلماء فيها خصوصاً في الصورة الاولى اقوال مختلفة وآراء متشتتة جملة منها غير منطبقة على اخبار المقام ولا على القواعد العامة بل قد يختلف فتوى واحد منهم فيفتي في مقام ويفتي بخلافه في مقام اخر وربما يدعي الاجماع في مورد ويدعى على خلافه الاجماع في مقام اخر وقد يحكم بضعف خبر ويعمل به في مورد اخر وقد يحملون الخبر بلا شاهد ويفتون به ويفرقون بين الصور بقيود لا تستفاد من الاخبار من ذكر الشاهد السبب وعدمه أو كون الشيء مما يتكرر كالبيع و الشراء والصياغة ونحوها أو مما لا يتكرر كالنتاج والنساجة

والحيازة ونحوها وليس الغرض الازراء عليهم بل بيان الحال مقدمة لتوضيح الحق
من الاقوال فان المسئلة في غاية الاشكال وليست محررة والاولى نقل الاخبار المتعلقة
بالمسئلة بصورها اولا ثم بيان ما عندنا فيها (فمنها) خبر ابي بصير سئل الصادق ع
عن رجل يأتي القوم فيدعي دارا في ايديهم ويقيم الذي في يده الدار البينة انه ورثها
من ابيه ولا يدري كيف كان امرها فقال ع اكثرهم بينة يستحلف ويدفع اليه وذكر
ان عليا ع اتاه قوم يختصمون في بغلة فقامت البينة لهؤلاء انهم انتجوها على مذودهم
لم يبيعوا ولم يهبوا واقام هؤلاء البينة انهم انتجوها على مذودهم لم يبيعوا ولم يهبوا
فقضى ع لاكثرهم بينة واستحلفهم قال فسئلته حينئذ فقلت ارأيت ان كان الذي
ادعى الدار قال ان ابي هذا الذي هو فيها اخذها بغير ثمن ولم يقم الذي هو فيها بينة
الا انه ورثها عن ابيه قال اذا كان امرها هكذا فهي للذي ادعاها واقام البينة (ومنها)
خبر اسحق بن عمار عن ابي عبد الله ع ان رجلين اختصما الى امير المؤمنين ع في دابة
في ايديهما واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده فاحلفهما علي ع فحلف احدهما
وابى الآخر ان يحلف فقضى بها للحالف فقيل فلو لم يكن في يد واحد منهما واقاما البينة
قال احلفهما فايهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف فان حلفا جميعا جعلتها
بينهما نصفين قيل فان كانت في يد احدهما واقاما جميعا بينة قال اقضي بها للحالف الذي
هو في يده (ومنها) خبر غياث عن ابي عبد الله ع ان امير المؤمنين ع اختصم اليه
رجلان في دابة كلاهما اقاما البينة انه انتجها فقضى بها للذي هي في يده وقال لو لم يكن في يده
جعلتها نصفين (ومنها) خبر جابر ان رجلين تداعيا دابة و اقام كل منهما بينة انها
دابته انتجها فقضى رسول الله ص للذي في يده (ومنها) خبر منصور رجل في يده
شاة فجاء رجل فادعاها فاقام البينة انها ولدت عنده ولم يهب ولم يبع وجاء الذي في يده
بالبينة مثلهم عدول انها ولدت عنده ولم يهب ولم يبع فقال ع حقها للمدعي ولا اقبل
من الذي في يده بينة لان الله تعالى امر ان يطلب البينة من المدعي فان كانت له بينة
والا فيمين الذي هو في يده هكذا امر الله عز وجل (ومنها) المرسل عن امير
المؤمنين ع في البينتين تختلفان في الشيء الواحد يدعيه الرجلان انه يقرع بينهما فيه
اذا عدلت بينة كل واحد منهما وليس في ايديهما واما اذا كان في ايديهما فهو فيما بينهما

نصفان وان كان في يد احدهما فالبينة فيه على المدعي واليمين على المدعى عليه (ومنها) الرضوي ع فاذا ادعى رجل على رجل عقاراً او حيواناً او غيره واقام بذلك بينة واقام الذي في يده شاهدين فان الحكم فيه ان يخرج الشيء من يد مالكه الى المدعي لان البينة عليه (ومنها) خبر تميم بن طرفة ان رجلين ادعيا بعيراً فاقام كل واحد منهما بينة فجعله امير المؤمنين ع بينهما وفي بعض النسخ فقسمه بينهما (ومنها) خبر البصري كان علي ع اذا اتاه خصمان يختصمان بشهود عدلهم سواء وعددهم سواء اقرع بينهم على ايهم يصير اليمين (ومنها) موثقة سماعة ان رجلين اختصما الى علي ع في دابة فزعم كل واحد منهما انها نتجت على مذوده واقام كل واحد منهما بينة سواء في العدد فاقرع بينهما بسهمين فعلم السهمين كل واحد منهما بعلامة ثم قال ﴿ اللهم رب السموات السبع ورب الارضين السبع ورب العرش العظيم عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ﴾ ايهما كان صاحب الدابة وهو اولى بها فاسئلك ان يقرع ويخرج سهمه فخرج سهم احدهما فقضى له بها (ومنها) خبر عبد الله بن سنان قال سمعت اباعبدالله ع يقول ان رجلين اختصما في دابة الى علي ع فزعم الى آخر ما في الموثقة بتفاوت يسير ثم قال وكان ايضاً اذا اختصم اليه الخصمان في جارية فزعم احدهما انه اشتراها وزعم الاخر انه انتجها فكان اذا اقاما البينة جميعاً قضى بها للذي انتجت عنده (ومنها) رواية داود بن سرحان وصحيحة الحلبي في شاهدين شهدا على امر واحد وجاء آخران فشهدا على غير الذي شهدا واختلفوا قال ع يقرع بينهما فايهما قرع فعليه اليمين ﴿ ومنها ﴾ الرضوي ع فان لم يكن الملك في يد احد وادعى الخصمان فيه جميعاً فكل من اقام عليه شاهدين فهو احق به فان اقام كل منهما شاهدين فان احق المدعيين من عدل شاهداه فان استوى الشهود في العدالة فاكثرهم شهوداً يحلف بالله ويدفع اليه الشيء وكل مالا يتهيأ فيه الاشهاد عليه فان الحق فيه ان يستعمل فيه القرعة (ومنها) رواية زرارة رجل شهد له رجلان بان له عند رجل خمسين درهما وجاء آخران فشهدا ان له عنده مائة درهم وكلهم شهدوا في موقف قال ع اقرع بينهم ثم استحلف الذين اصابهم القرعة بالله انهم يشهدون بالحق (ومنها) رواية داود العطار في رجل كانت له امرأة فجاء رجل بشهود شهدوا ان هذه المرأة امرأة

فلان وجاء آخران فشهدوا انها امرأة فلان فاعتدل الشهود وعدلوا فقال ع يقرع بين الشهود فمن خرج اسمه فهو المحق وهو اولى بها (ومنها) خبر السكوني عن الصادق ع عن ابيه ع عن آبائه ع ان عليا ع قضى في رجلين ادعيا بغلة فاقام احدهما شاهدين والآخر خمسة فقال ع لصاحب الخمسة خمسة اسهم ولصاحب الشاهدين سهمان (ومنها) ما عن ابي عبدالله ع في رجل ادعى على امرأة انه تزوجها بولي وشهود وانكرت المرأة ذلك فاقامت اخت هذه المرأة على رجل آخر البينة انه تزوجها بولي وشهود ولم يوقتا وقتا ان البينة بينة الزوج ولا تقبل بينة المرأة لان الزوج قد استحق بضع هذه المرأة وتريد اختها فساد النكاح فلا تصدق ولا تقبل بينتها الا بوقت قبل وقتها او دخول بها (وهذه) الاخبار كما ترى لا دلالة فيها بل ولا اشعار على ترجيح البينة التي ذكرت السبب مثل ان الدابة نتجت على مذوده او تملك بالشراء ونحوهما وذكرها في بعضها بيان مورد السؤال مع انه في كلام السائل فلا يستفاد منها القيدية وكذا لا دلالة فيها على الفرق بين السبب القابل للتكرار كالبيع والشراء والصياغة وبين ما لا يقبله كالانتاج والنساجة بترجيح الاول على الثاني فلا وجه لبعض التفصيلات الآتية مع ان ذكر السبب ليس له دخل في الترجيح بل يمكن ان يقال ما لم يذكر فيه السبب اولى بالتقديم وكذا لا وجه لملاحظة كل خبر والعمل به في مورده عاماً او خاصاً بل اللازم ملاحظة مجموع الاخبار والجمع بينها بتقييد اطلاق بعضها بالقيد الذي في بعضها الآخر من حيث ذكر الترجيح وعدمه ومن حيث الحاجة الى القرعة وعدمها كما هو الحال في ساير المسائل والاخبار المتعلقة بها ثم الظاهر ان الادلة الدالة على حجية البينة شاملة لصورة التعارض فالبينتان حجتان متعارضتان لا انهما تتساقطان بالمعارضة كما ان ادلة حجية خبر الواحد كذلك شاملة لصورة التعارض بل الظاهر من الاخبار المذكورة ايضاً عدم التساقط كيف والا لم يكن وجه للترجيح بالاعدلية او الاكثرية ولا للقرعة واذا كان الامر كذلك فمقتضى القاعدة الى المرجحات المنصوصة كالاعدلية والاكثرية في جميع الصور الاربع وان كان ذكرها في بعض الاخبار دون بعض او في بعض الصور دون بعض بل والرجوع الى ساير المرجحات كما هو الاقوى في الاخبار المتعارضة وذلك لان اعتبار البينة ليس من باب السببية والموضوعية كالاصول العملية بل من

حیث الامارية والطريقية ومن باب الظن النوعي فاذا كان احد المتعارضين ارجح واقرب الى احراز الواقع يجب تقديمه لبناء العقلاء بعد فرض الحجية حتى حال المعارضة مضافا الى امكان دعوى ان ذكر الاكثرية والاعدلية انما هو من باب المثال لمطلق المرجح و ايضاً فحوى الاخبار الواردة في علاج الاخبار المتعارضة لعدم الفرق بين البينة والخبر في كون اعتبار كل منهما من باب الطريقية وعلى هذا فيمكن التعدي الى ساير المرجحات كالامتنية والاصدقية وكون الشاهد من اهل العلم والدقة ونحوها فلا وجه لما في الرياض من منع اعتبار الترجيح في البينة والفرق بينها وبين الخبر انما هو من حيث الظن لا من حيث انه خبر بخلاف البينة فان اعتبارها انما هو من حيث كونها بينة وذلك لانه لا فرق بينهما في كون اعتبار كل منهما من حيث افادته الظن النوعي لكن لكونه حاصلا من البينة او من الخبر لا كل ظن فالحجة خصوص البينة وخصوص الخبر لكن بلحاظ حصول الظن بالواقع منهما وهذا معنى الطريق التعبدي فلهما موضوعية في الطريقية بناء على ما هو الاقوى من كون اعتبار الاخبار ايضاً من باب الظن الخاص ثم ان المعتبر من المرجح ما يكون راجعاً الى البينة بما هي بينة مثل الاكثرية والاعدلية وغيرها من صفات الشاهدين فلا عبرة بالظن الخارجي المطابق لاحديهما مثل كون المدعي ممن يوثق بصدقه والظن الحاصل من شهرة كون المال لاحدهما والظن الحاصل من النوم والرمل او الجفر او نحو ذلك مما لا يرجع الى تعدد الشهود او صفاتهم الموجبة للظن وان كان يمكن دعوى جواز الاعتماد على الظنون المتعارفة لا مثل النوم والرمل مثلاً ويعتبر ايضاً ان يكون بمقدار يصلح للترجيح والتقديم فلا يكفي رجحان عدالة احديهما على عدالة الاخرى يسيراً او لا مثل ضم شهادة فاسق الى احديهما مثلا واذا تعارضت المرجحات فاللازم مراعات الترجيح بينهما كما اذا كانت الاعدلية في احديهما والاكثرية في الاخرى او الاكثرية احديهما والامتنية في الاخرى وهكذا ولا استبعاد في الاعتماد على الظن في مقام الترجيح بعد كون كلتيهما حجة وترجيح احدى الحجتين على الاخرى بالظن المطلق ثم ان الاقوى سماع البينة من المنكر في صورة التعارض بل مطلقا ولو مع عدمه فيجوز للمنكر مع عدم البينة للمدعي ان يقيم البينة فراراً من اليمين وان ادعى صاحب الرياض الاجماع على عدم قبولها منه حيث انه في رد القول بتقديم بينة الداخل على بينة الخارج بدعوى

رجحانها بالاعتضاد باليد قابلة للاعتبار وان شهدا له من حيث ان في اليد له حجتان هي اليد والبينة والاخر له حجة واحدة الا انه ساقط عن درجة الاعتبار من حيث ان وظيفة ذي اليد اليمين دون البينة فوجودها في حقه كعدمها بلا شبهة ولو اقامها بدلاً عن يمينه لم يقبل منه اجماعا ان لم يقمها المدعي انتهى ويدل على ما ذكرنا بعد منع الاجماع مضافا الى عموم ما دل على حجية البينة والى عموم مثل قوله ص انما اقضي بينكم بالبينات والايمان خصوص اخبار المقام فان في جملة منها تقديم بينة ذي اليد كخبر اسحق وخبر غياث وخبر جابر وهو مقتضى اطلاق جملة اخرى منها وايضاً خصوص خبر حفص بن غياث حيث قال اذا رأيت في يد رجل ايجوز ان اشهد انه له فقال نعم فانه يدل على جواز الشهادة لذي اليد وصحتها وخصوص صحيحة حماد الحاكية لام عيسى بن موسى في السعي اذ رأى ابا الحسن موسى ع مقبلا على بغلة فاتاه رجل و تعلق باللجام وادعى البغلة فثنى ابو الحسن ع رجله و نزل عنها وقال لغلمانه خذوا سرجها وادفعوها اليه فقال والسرج ايضاً لي فقال كذبت عندنا البينة بانه سرج محمد بن علي واما البغلة فانا اشتريناها منذ قريب وانت اعلم بما قلت فان السرج كان بيده ومع ذلك قال عندنا البينة الى آخره واشعار خبر فدك فان امير المؤمنين ع انكر على ابي بكر في طلبه البينة منه في الدعوى عليه مع انه لا يطلب من غيره اذا ادعى هو على ذلك الغير فحاصل انكاره انه لم فرق بينه ع وبين الناس في طلب البينة ولو كان لا يقبل من المدعى عليه البينة لكان اولى بالانكار عليه في مقام المجادلة وليس في قبال هذه المذكورات الا دعوى ان قوله ص البينة للمدعي واليمين على من انكر يقتضي عدم سماع البينة من المنكر حيث ان التفصيل قاطع للشركة وخبر منصور والمرسل عن امير المؤمنين ع السابقين والرضوي ع الاول والاجماع الذي ادعاه سيد الرياض والجواب ان المراد من قوله ص البينة للمدعي الى آخره بيان الوظيفة الاولية للمدعي والمنكر والا فلا مانع من سماع البينة للمنكر ايضاً كما ان للمدعي ايضاً اليمين المردودة واليمين التي هي جزء البينة واليمين الاستظهاري وايضاً يمكن ان يقال القدر المعلوم من الخبر انه لا يلزم المنكر بالبينة وانما يلزم باليمين لا انه لا تقبل منه البينة واما خبر منصور والمرسل فمضافاً الى ضعفهما وموافقتهما لما يحكى عن ابن حنبل من العامة لا يقاومان ما تقدم من

الادلة خصوصاً اخبار المقام الظاهرة في حجية بينة المنكر ايضاً وتقديمها على بينة المدعى في بعض الصور و اما الرضوى ع فلم يعلم كونه نصاً واما الاجماع المدعى فعلى تقدير تسليمه فمع اختصاصه بصورة عدم التعارض غير ثابت بل محل منع ثم ان المشهور خصوا القرعة بالصورة الثالثة والرابعة مع ان اخبارها كما عرفت مطلقة شاملة للصورة الثانية ايضاً كما هو مذهب ابن ابي عقيل في جميع الصور الاربع نعم يظهر من المرسل والرضوى الثاني الاختصاص الا انهما لا يقاومان اطلاق الاخبار ودعوى جبرها بالشهرة ممنوعة نعم لا تجرى في الصورة الاولى اذ على القول بعدم حجية بينة المنكر تخرج على التعارض واما على القول بسماعها فحيث ان القرعة بعد عدم الترجيح واليد مرجحة لبينة ذيها فلا يبقى محل لها الا ان يكون في قبال اليد لبينة الخارج مرجح يساويها ثم مع تقديم احدى البينتين لوجود المرجح او بسبب القرعة فمقتضى القاعدة وان كان عدم الحاجة الى الحلف لان البينة كافية في اثبات الحق لمن كانت له الا ان الظاهر من اخبار المقام ثبوته وكون المراد من التقديم تعين من يقدم قوله منهما وكونه بمنزلة المنكر لا لكون البينة حجة فعليه في اثبات الحق ففائدته جعل من قدمت بينته بمنزلة المنكر وحينئذ فيحتاج الى الحلف على قاعدة المدعى والمنكر (ومما ذكرنا) من الاول الى هنا تبين ان الاقوى في جميع الصور الاربع الرجوع الى المرجحات المنصوصة وغيرها ومع عدمها فالى القرعة في غير الصورة الاولى لما عرفت ان اليد مرجحة لبينتها فلا يبقى محل للقرعة فمن خرجت القرعة باسمه يستحلف فان حلف يقضى له والا فان حلف الاخر فكذا يقضى له وان نكلا قسم بينهما وفي الصورة الاولى ايضاً اذا قدمنا احدى البينتين يحتاج الى الحلف ايضاً لما ذكرنا من ان فائدة التقديم سماع قول من قدمة بينته لا انها حجة فعليه كافية هذا ما عندنا (واما الفقهاء) فحيث انهم لم يلاحظوا مجموع الاخبار باجراء قاعدة الجمع بينها وبنوا على الترجيح بذكر السبب فرقوا بين الصور الاربع واختلفت اقوالهم فيها خصوصاً في الصورة الاولى وهي ما اذا كانت العين بيد احدهما فمن جماعة تقديم بينة الخارج مطلقاً من غير رجوع الى المرجحات ومن غير فرق بين ذكر السبب في البينتين أو في احديهما أو عدم ذكره وعن الغنية الاجماع عليه وعن الشيخ في كتاب الدعاوى من الخلاف تقديم

الداخل مطلقاً وعن المشهور تقديم الخارج اذا شهدتا لهما بالملك المطلق مع التساوى
فى العدد والعدالة وعدمه وعن الخلاف والسرائر وظاهر المبسوط والغنية الاجماع
عليه وعن جماعة ترجيح الخارج الامع انفراد بينة الداخل بذكر السبب وعن المهذب
نسبة خلافه الى الندرة وذهب بعضهم الى تقديم بينة الداخل مطلقاً الامع انفراد الخارج
بذكر السبب وعن بعضهم تقديم الاكثر شهوداً ومع التساوى فللحالف منهما وعن
ابن حمزه الفرق بين السبب المتكرر وغير المتكرر الى غير ذلك من الاقوال التى انهاها
فى المستند الى تسعة ثم قال وربما يوجد فى المسئلة اقوال اخر وتردد جماعة فى المسئلة
ايضاً كما فى الدروس واللمعة والمسالك والكفاية وقد اختلف بعضهم من بعض فى نسبة
الاقوال ايضا انتهى (واستدلوا) لتقديم بينة الخارج بقوله ص البينة للمدعى واليمين
على المدعى عليه بالتقريب المتقدم وبخبر منصور ولتقديم بينة الداخل بالمعاضدة باليد
ولبعض الاقوال ببعض الاخبار ﴿ وفى الصورة الثانية ﴾ ايضاً اقوال والاشهر
التنصيف سوآء تساوت البينتان عدالة وعدداً واطلاقاً وتقييداً ام اختلفتا وعن
(نيج) بلا خلاف وظاهرهم عدم الحاجة الى الحلف ايضاً وعن بعضهم الرجوع الى
المرجحات من الاكثرية او الاعدلية وذكر السبب واختلفوا فى المرجح انه الاكثرية
فقط او الاعدلية او كلاهما وعن بعضهم الحاجة الى الحلف ايضاً واستدل بعضهم على
التنصيف بانه مقتضى تساقط البينتين وبعضهم بانه مقتضى تقديم بينة الخارج او الداخل لان
كلا منهما داخل بالنسبة الى النصف وخارج بالنسبة الى النصف الاخر وقد يتمسك بمرسلة ابن
المغيرة فى رجلين كان معهما درهمان الخ ورواية السكونى فى رجل استودع رجلا دينارين
واستودعه اخر ديناراً حيث قال ع فى الاولى يقسم الدرهم الثانى بينهما نصفين وفى
الثانية لصاحب الدينارين دينار ويقتسمان الدينار الباقى بينهما نصفين لترك
الاستفصال عن اقامة البينة وعدمها ولا يخفى ما فيه كما انه لا يخفى ما فى التمسك بخبر
غياث حيث قال عليه السلام ولو لم يكن فى يده جعلتها بينهما نصفين بدعوى انه اعم
من ان يكون فى يديهما وكان الاول لهم ان يقولوا انه مقتضى العمل بكل من الحجتين
بقدر الامكان (وفى الصورة الثالثة) ويلحق بها الرابعة المشهور بينهم خصوصاً
المتأخرين بل عليه عامتهم كما فى الرياض انه يقضى بارجح البينتين عدالة ومع التساوى

باكثرهما عدداً ومع التساوي يقرع فمن خرج اسمه يحلف وان امتنع يحلف الاخر وان نكلا قسم بينهما وعن الغنية الاجماع عليه وعن بعضهم تقديم الاكثرية على الاعدلية وعن بعضهم الاقتصار على الاولى وعن بعضهم على الثانية وعن بعضهم الرجوع اليهما من غير ذكر الترتيب وعن العماني الاقتصار على القرعة وعن المبسوط القرعة ان شهدتا بالملك المطلق من الجانبين وبالقسمة نصفين ان كانتا مقيدتين بذكر السبب والقضاء بالمقيد ان كانتا مختلفتين ثم انهم اطالوا الكلام في النقض والابرام في حكم كل واحدة من الصور وقد عرفت ما عندنا وحيث ان المسئلة في غاية الاختلاف والتشويش فلا عبرة فيها بالشهرة والشذوذ ولا بالاجماعات المنقولة خصوصاً مع اختلافها ومخالفة جماعة بالنسبة الى كل واحد منها بل مخالفة مدعيها في مقام آخر او كتاب آخر فلا بأس بمخالفتنا لهم في المسئلة والله الهادي ﴿ بقي الكلام في امور ﴾ (احدها) ان في خبر اسحق تحليف الطرفين معاً حيث قال ع فيالو لم يكن في يد واحد منهما احلفهما فايهما حلف ونكل الاخر جعلتها للحالف وان حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين وهذا مناف لساير الاخبار فان المستفاد منها تحليف من قدمت بينته بالمرجح او بالقرعة فان حلف قضي له وان لم يحلف يحلف الاخر ولكن لا عامل به الا ما عن كشف اللثام عن ظاهر ابي علي حيث قال ولو كانت العين في ايديهما جميعاً او لم تكن في يد واحد وتساوى عدد البينتين عرضت اليمين على المدعيين فايهما حلف استحقها ان ابى الاخر وان حلفا جميعاً كانت بينهما نصفين وعن الشيخ حمله على ما اذا اصطلحا على ذلك وقال في الاستبصار ويمكن ان يكون ذلك نايباً عن القرعة اذا اختار كل واحد منهما اليمين فيكون الامام مخيراً بين العمل عليه والعمل بالقرعة وكلا الحملين بعيد والعمل به في قبال الاخبار الاخر لا وجه له فالاولى طرحه بالنسبة الى هذا لعدم مقاومته لساير الاخبار (الثاني) انه اذا كانت امرأة تحت رجل وادعى رجل آخر زوجيتها يكون الاول منكراً لكونه ذا يد عليها والثاني مدعياً فاذا اقام كل واحد منهما بينة فمقتضى ما ذكرنا من تقديم بينة فمقتضى ما ذكرنا من تقديم بينة ذي اليد مع تساويهما عدالة وعدداً ان تقدم بينة الزوج ومقتضى ما ذكروه من تقديم بينة الخارج ان تقدم بينة الاخر لا الرجوع الى القرعة مع انه حكم في مرسلة داود العطار المتقدمة بالرجوع اليها وتقديم من خرج اسمه ودعوى عدم صدق اليد وعدم

عدالرجل الاول منكراً ممنوعة ويمكن ان يقال ان المفروض في الخبر كون النزاع بين رجلين آخرين غير من تحته الامرأة او حملهما على ما اذا لم تكن المرأة تحته بان يكون المراد من قوله له امرأة دعوى كونها له مع عدم كونها عنده لكنه بعيد فالاولى الاول بل هو الظاهر من التعبير بفلان وفلان (الثالث) ما تضمنه خبر السكوني المتقدم من قوله ع لصاحب الخمسة خمسة اسهم ولصاحب الشاهدين سهمان مناف لما دل على الترجيح بالاكثرية فلابد من طرحه سواء حملناه على ظاهره من سهام البغلة او على سهام القرعة لفائدة الاقربية الى الخروج مع انه لا عامل به الا ما يحكى عن ابي علي بعد حمله على سهام القرعة ولا يخفى ضعفه (الرابع) الاكثر كما قيل لم يتعرضوا في الصورة الثالثة لتصديق الثالث لاحد المتداعيين وانه لو صدق احدهما كان بمنزلة ذي اليد كما تعرضوا له في صورة عدم البينة نعم عن القواعد انه كاليد وعليه فترجع الى الصورة الاولى من بينة الداخل والخارج اذا صدق احدهما وقيل انما لم يتعرضوا الان لنظرهم الى بيان ساير المرجحات اغماضاً عن حكم اليد وايكالا الى ماذكروه سابقاً في صورة عدم البينة وقد يقال يحتمل ان يكون بنائهم على عدم اعتبار تصديقه نظرا الى اطلاق الاخبار والظاهر ان ذلك منهم لوجود الفرق بين صورة وجود البينتين وبين صورة عدمها لزوال حكم يده مع تطابق البينتين على كون ما في يده لغيره فلا اعتبار باقراره بخلاف صورة عدم البينة فانه في ظاهر الشرع له والظاهر عدم الفرق في ذلك بين تقدم التصديق على البينتين وتأخره الا ان يكون التصديق قبل وقوع التنازع (الخامس) يظهر مما ذكرنا حكم تعارض ازيد من بينتين بان كان المدعون ثلثة او ازيد وا كل منهم بينة (السادس) لم يحتمل احد في تعارض البينتين تخيير الحاكم ففي هذا فرق بين البينة والخبر نعم اذا كان المرجع في النزاع الاختلاف في حكم المسئلة فكل من المتنازعين اختار فتوى مجتهد وترافعوا عند من فتواه التخيير من جهة اختلاف الخبرين المتساويين عنده يكون مخيراً في الحكم بينهما (السابع) عنوان المسئلة في كلمات العلماء وان كان تعارض البينتين في النزاع في الاعيان وهو مورد اغلب الاخبار الا ان الظاهر ان الحكم في غير الاعيان ايضاً كذلك كما اذا تنازعا في دين خاص معين من جميع الجهات او تنازعا في ان الموصي اوصى بمأة دينار مثلا لزيد او لعمرو او تنازعا في منفعة ملك او في

حق من الحقوق كالتولية للوقف وحق الرهن وحق الخيار او تنازعا في نكاح او طلاق او نحو ذلك لظهور الاخبار في المثالية بل العموم بعضها كصحيحة الحلبي وخبر داود بن سرحان وخصوص بعضها في الدين كخبر زرارة وبعضها في الزوجية كخبر داود العطار فاختصاص جملة منها من حيث المورد لا يقتضي اختصاص الحكم بها والا فاللازم تخصيص كل بخصوص مورده من البغلة او الدابة او الجارية او نحو ذلك فالحكم في الجميع واحد في العمل بالمرجح ومع فقده فالقرعة ثم الحلف ولا وجه لما ذكره في المستند حيث قال التحقيق في الجميع ان يبنى على اصالة عدم قبول بينة المنكر وعلى تعين القرعة في كل امر مشكل وعلى هذا فنقول ان جميع الاخبار المتضمنة لسماع بينة المنكر ايضاً ومزاحمتها البينة المدعى كانت مخصوصة بالاعيان من الاموال فلا اثر لها في غيرها اصلاً وكل ما دل على سماع بينة المدعى وقبولها فخصوص بحكم العقل بما لا يعارضه مثلها فورد التعارض الواقع في غير الاعيان ان كان مما يكون احدهما مدعياً والاخر منكراً تطرح بينة المنكر ويعمل بمقتضى بينة المدعى وان كان مما يكون كلاهما مدعيين ولا دليل للحكم في خصوص المسئلة او يقرع ويحكم بمقتضى القرعة لعموم القرعة لكل امر مجهول او مشكل الى آخر كلامه اذ لا يخفى ما فيه خصوصاً دعواه اصالة عدم حجية بينته واختصاص ما دل على سماعها بمورد التعارض في الاعيان (الثامن) في المواضع التي حكمنا بالتنصيف كما اذا لم يحلف من خرجت القرعة باسمه ولم يحلف الاخر ايضاً اذا كان المورد مما لم يمكن فيه التنصيف كالنزاع في زوجية امرأة فاللازم الرجوع الى ساير القواعد والاصول ففي مثال النزاع في الامرأة قد يقال بعد سقوط البينتين بالنكول منهما يخلى سبيلها لكنه مشكل اذا علمنا بكونها زوجة لاحدهما بل وان لم نعلم لان البينتين وان سقطتا في التعيين الا انهما متطابقتان على نفي الثالث فلا يجوز تزويجها من ثالث فالاقوى انها ان صدقت احدهما حكم له بها والا فاللازم القرعة بينهما مرة اخرى للتعيين لعمومات القرعة والفرق بينها وبين القرعة الاولى انها كانت لتعيين من عليه اليمين وهذه لتعيين من هي زوجته من غير حاجة الى حلف بعدها كما هو مقتضى عمومات القرعة هذا ويظهر من المسالك ان الحكم في صورة عدم امكان التنصيف هو القرعة بلا حاجة الى حلف بعدها قال ويؤيده مرسلة داود العطار

ثم قال وعلى هذا فلا فائدة في الاحلاف بعد القرعة لان فائدته القضاء للاخر مع نكوله وهو منتفٍ هنا (وفيه) منع عدم الفائدة في الاحلاف اذ لو حلف حكم له والا فيحلف الاخر فيقضى له وان نكل هو ايضاً فيعمل بالقواعد الاخر ففي مثال الزوجية يخلى سبيل المرأة على ماقيل او يقرع دورة اخرى كما قلنا واختار صاحب المستند ايضاً في النزاع في الزوجية عدم الحاجة الى الاحلاف حيث انه بعد ما اورد على صاحب المسالك بما ذكرنا من منع عدم الفائدة في الاحلاف قال الا ان مقتضى مرسلة داود عدم الاحلاف والعمل بمقتضى القرعة اقول له فهو الحق والاولى فهو متعين ولا يرد ان مقتضى رواية البصري وداود بن سرحان وصحيحة الحلبي الاحلاف فانها عامة والمرسلة خاصة بالزوجة فتخصص بها فان لوحظت جهة عموم المرسلة ايضاً لدلالتها على الاولوية مطلقا سواء كان بعد الحلف او قبلها فيتساقطان ويبقى حكم القرعة بلامعارض فتأمل انتهى ولا يخفى مافيه فان مقتضى الجمع بين مجموع الاخبار تقييد المرسلة بما بعد الحلف ولا يلاحظ خصوص مورد الاخبار والالزم قصر الحكم في كل خبر على مورده فالاقوى الحاجة الى الحلف مع ان لازم ماذكره التفصيل فيما لا يمكن فيه التنصيف بين النزاع في الزوجية وبين ساير مالا يمكن فيه التنصيف والحكم بالحاجة الى الحلف في ساير مالا يمكن فيه وهو بعيد بقي شيء وهو ان في مسئلة النزاع في الزوجية هل ينفع تصديق المرأة لاحدى المتنازعين قبل القرعة والاحلاف اولا نقل عن الاردبيلي ذلك وهو مشكل لانه لا اعتبار بتصديقها بعد وجود البينتين ففرق بين ماقبل سقوط البينتين ومابعده اذ فيما بعده الامر بيدها كما لو لم تكن بينة بخلاف ماقبله (التاسع) اذا ادعى ملكية شيء في يد غيره ممن يعترف بعدم كونه ملكاً له كاللقطة اولا يد عليه كمجهول المالك واقام بينة عند حاكم شرعي فحكم له وادعى اخر ذلك الشيء بعينه واقام بينة عند حاكم اخر فحكم له فالظاهر انه من تعارض البينتين ولابد من تجديد المرافعة عند احد الحاكمين او حاكم اخر من غير فرق بين تقارن الحكمين اوسبق احدهما وربما يحتمل تقديم حكم اعلمهما للمقبولة (وفيه) ان الظاهر منها مالو كان مدرك الحكم اختلاف الخبرين لا البينتين وقد يحتمل تقديم اسبق الحكمين فتكون الدعوى بين المدعي الثاني وبين من حكم له الاول وكونه ذا يد على ذلك الشيء

والاظهر ماذكرنا (العاشر) يتحقق التعارض بين الشاهدين وشاهد وامرأتين
والمشهور عدم تحققه بين احدهما واليمين في موضع اعتباره لعدم صدق البينة على شاهد
ويمين نعم يتحقق بينه وبين مثله ولا يبعد اعمال المرجحات بين شاهد هذا وشاهد ذاك
وحكي عن الشيخ قول بالتعارض بين الشاهدين اوشاهد وامرأتين وبين شاهد
ويمين ويظهر من المنقول عن القواعد ايضاً الا انه رجح تقديم الاولين لقوتهما
بالنسبة الى شاهد ويمين والا ظهر عدم تحقق التعارض والا فقد يكون الشاهد الواحد
الذي ضم معه اليمين اقوى من الشاهدين اوشاهد و امرأتين (الحادي عشر)
اذا شهدت احدى البينتين بالملك في الحال واخرى بالملك من ذو سنة أو احديهما بالملك
منذ سنة واخرى منذ سنتين فالمشهور ترجيح السابق والاسبق فالسبق عندهم من
المرجحات وعللوه بانهما يتساقطان في الزمان المشترك وتبقى الاخرى في الزيادة بلامعارض
ومقتضى الاستصحاب بقائه وربما يتمسك بصحيح عبدالله بن سنان السابق عن الصادق
عليه السلام عن علي "ع" انه كان اذا اختصم اليه خصمان في جارية فزعم احدهما انه
اشتراها وزعم الاخر انه انتجها وكانا اقاما البينة جميعاً قضى بها للذي انتجت عنده
(ويمكن ان يقال) ان السبق رجحان في نظر العرف فيرجح به بينة الاسبق فلا
يكون من باب التساقط والرجوع الى الاستصحاب كما ذكره المشهور وقد يقال بتساويهما
لان المناط في الشهادة الملك في الحال وهما متساويان فيه فلافرق بينه وبين المطلقتين
أو المؤرختين بتاريخ واحد ويظهر من بعضهم الفرق بين شهادة احديهما بالسبق
والاخرى بزمان متأخر من غير ذكر الشراء من الاول وبين مالو شهدت بانه اشتراها
منه ففي هذه الصورة تقدم المتأخرة لانه لما صرحت بالشراء علم انها اطلعت على مالم تطلع
عليها الاخرى لانها وان شهدت انها ملكه منذ سنة الى الحال الا انه لعلها لم تعلم
بمزيل في المدة (ثم انهم) قالوا هذا اذا لم يكن المدعى به في يد احدهما واذا كان في يد
احدهما فان قلنا بعدم سماع بينه الداخل فالعمل على بينة الخارج مطلقاً سواء كانت
اسبق تاريخا اولا وان قلنا بسماعها ايضاً ففيه وجوه تقديم الاسبق منهما ترجيحاً
للسبق وتقديم الداخل لمعاضدتها باليد وتساويهما للسبق في احدهما واليد في الاخرى
(ثم ان محل) كلامهم ما اذا شهدتا بالملك مع زيادة احديهما على الاخرى بالملكية

السابقة واما اذا شهدت احديهما بالملك في السابق فقط والاخرى بالملك في الحال فلا ينبغي الاشكال في تقديم الثانية لعدم المعارضة بينهما حينئذ فان ما يستظهر من اطلاق الشرايع من عدم اشتراط التعرض في بينة السابق والاسبق للملك في الحال ليس في محله بل ظاهر ان مراده ايضاً ذلك وليس الحال في هذه المسئلة مثل ما اذا تعارض الملك السابق واليد الحالية حيث ان مذهبه فيه تقديم الاستصحاب على اليد لان في المقام يتعارض الاستصحاب مع البينة كما لا يخفى (ثم انه يظهر منهم) انه يكفي في الشهادة بالملك في الحال ان يقول الشاهد كان له سابقاً ولا اعلم له مزيلاً او يقول وهو كذلك في الحال بالاستصحاب فلا يلزم التصريح بالاستمرار نعم لو اظهر التردد في البقاء بان يقول كان له سابقاً ولا ادري زال ام لا ففيه اشكال لانه ترديد في الشهادة ويظهر من بعضهم كفايته ايضاً وقد اطالوا الكلام في النقض والابرام في هذه المذكورات بذكر الوجوه الاعتبارية التي لا تناسب مذهب الامامية والتحقيق عدم ايجاب السبق للتقديم فانهما حجتان فعليتان متعارضتان في الملكية الفعلية ولا فرق بينهما وبين المطلقتين في الدخول تحت الاخبار السابقة ولحوق الحكم السابق لهما من الرجوع الى المرجحات مثل الاكثرية ونحوها اولاً والرجوع الى القرعة عند فقدها فلا وجه لدعوى تساقطهما في الملكية الفعلية وبقاء الملكية السابقة بلا معارض مع انه على هذا يكون الاستصحاب مرجحاً لا مرجحاً على ماذكروه من تقديم السابق والاسبق مع ان لازم ماذكروه كون الحكم كذلك في المطلقتين ايضاً اذا علم من الخارج ملكية احدهما سابقاً واما خبر عبدالله بن سنان فلا دلالة فيه على ان تقديم البينة التي شهدت بالانتاج عنده من جهة السبق بل يمكن ان يكون من جهة اخرى فلا يكون دليلاً على الكلية ولذا لم يتمسك به احد بل تمسكوا بما ذكر من التساقط والاستصحاب واما دعوى ان السبق مرجح عرفاً من حيث هو فحل منع والالزم كونه مرجحاً مع اطلاقهما ايضاً اذا علم من الخارج سبق ملكية احدهما ثم لا وجه لما ذكروه من كفاية قوله لا اعلم له مزيلاً ونحوه في الشهادة بالملكية الفعلية بل لا بد من الجزم بالملكية في صدق الشهادة بل اذا اطلق وعلم انه مستند الى الاستصحاب لا يكفي في الشهادة بالملكية الفعلية

(الثاني عشر) البينة باليد والتصرف لا تعارض البينة بالملك واما اذا كانت

احديهما باليد والاخرى بالتصرف فى تقديم ايهما وجوه ثلثها التساوى ولو كنت البينة بالملك مع التصريح بان مستندها اليد او الاستصحاب لا تعارض البينة بالملك من دون ذكر المستند بل اذا شهدت بالملك ولم ينكر المستند لكن علم ان مستندها اليد او الاستصحاب لا تعارض البينة بالملك من دون العلم بمستندها (فيه شئ) وعلى هذا لو شهدت البينة بالملك ولم تذكر المستند هل يجب على الحاكم السؤال عن مستندها او لا فيه وجوه ثالثها عدم وجوبه اذا لم يكن لها معارض ووجوبه فى صورة التعارض-

﴿ الفصل الرابع عشر فى حكم بعض الدعاوى ﴾

(مسئلة ١) اذا تنازعا فى جدار بين ملكيهما فان كان لاحدهما جهة اختصاص يوجب صدق اليد له حكم له بعد حلفه اذا لم يكن للاخر بينة كما اذا كان متصلاً ببنائه اتصال ترصيف بتداخل الاحجار او كان اس الجدار له او كان له قبة عليه او كان مبنياً على جذع داخل فى بنائه او كان عليه جذوع من بنائه او كان وجه الجدار اليه بزيادات فيه من طرفه او كان له دواخل كالطاقات الغير النافذة او الروازن النافذة ونحو ذلك ويدل عليه صدق كون اليد له بما ذكرو اشكال بعض فى بعضها لا وجه له ويمكن ان يستدل عليه ايضاً بصحيح منصور بن حازم عن ابى عبد الله ع سئلته عن خص بين دارين فذكر ان علياً ع قضى لصاحب الدار الذى من قبله القمط المعتضد بخبر عمرو بن شمر عن جابر عن ابى جعفر ع عن ابيه ع عن على ع انه قضى فى رجلين اختصما اليه ع فى خص فقال ان الخص للذى اليه القمط (وبالمراسى) ان قوماً اختصموا الى رسول الله ص فى خص فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم فحكم به لمن اليه معاقد القمط ثم رجع الى النبى ص فاخبره فقال ص اصبت واحسنت وقد عمل معظم الاصحاب بها ولا يضر كونها قضية فى واقعة لان نقل الامام ع لها يدل على كون الحكم كذلك ومن المعلوم ان ذلك لكون ذلك امارة على كون الخص له ويظهر منه التعدى الى كل امارة عادية واما اذا لم يكن لاحدهما جهة اختصاص او كانت لكل منهما من نوع واحد او نوعين فان كان فى يديهما بالشركة بمعنى ان يكون لكل منهما يد على النصف حلف كل منهما على نفى ما يدعيه الاخر فان حلفا او نكلا حكم لهما بالشركة وان حلف احدهما دون الاخر كان له وان كانت يد كل منهما على الكل او لم يكن فى يد واحد منهما فيكون من التداعى فيحتمل

الحكم بالشركة من غير حلف ويحتمل التحالف كالصورة الاولى لكن يحلف كل منهما على نفي مايدعيه الآخر من الكل وان كان لاحدهما بينة حكم له وان كانت لكل منهما فمع عدم الترجيح يقرع بينهما ويحلف من خرجت باسمه والاحلف الآخر وان نكلا حكم بينهما بالشركة هذا ولو كان الجدار لاحدهما واختلفا في الاس فهو لصاحب الجدار بعد الحلف اذا لم تكن بينة ﴿ مسئلة ٢ ﴾ اذا تنازع المؤجر والمستأجر في شيء في الدار المستأجرة او غيرها كالدكان والخان والبستان فمن القواعد انه قال لو اختلف المؤجر والمستأجر في شيء في الدار فان كان منقولاً فهو للمستأجر والا فللمؤجر لكن لا يخفى ما في اطلاقه من الاشكال بل يمكن ان يقال ان للمستأجر يداً فعلية على الدار وجميع مافيها وللمالك ايضاً يد مالكية ومن الظاهر ان اليد الفعلية اقوى من اليد المالكية وعلى هذا فيمكن ان يقال كل مايشك في كونه له او للمالك محكوم بانه له وان كان من غير المنقول كالباب المثبت لاحدى القباب او للسطح او لبيت الخلاء وكذا الميزاب والمسمار المثبت في الجدار والسلم المثبت ونحو ذلك خصوصاً اذا كانت الدار في يده مدة طويلة فاذا تنازعا يحكم بانه له الا مع البينة للمالك ودعوى ان ماهو مثبت يعد جزء من الدار ويده عليها يد اجارة فلا تنفعه مدفوعة بان الكلام فيما لم يعلم كونه جزء من الدار حين الاجارة والاصل تأخر حدوثه وعلى هذا يمكن ان يقال اذا كان بستان بيد احد بالاجارة مدة سنين وادعى المستأجر بعض النخيل هو الذي غرسه من ماله اشتراه من ماله يمكن ان يقال يقدم قوله بل وكذا اذا كان بيده بعنوان الغصبية فان اليد الفعلية للغاصب فيحكم بانه له الا مع علم كونه موجوداً حال الغصب وهكذا في نحو ذلك (مسئلة ٣) لو تنازع الضيف وصاحب البيت فيما فيه فاليد لصاحب البيت (مسئلة ٤) اذا تنازع صاحب العلو والسفل في جدارها فصاحب كل منهما اولى بجداره والقول قوله كما هو المشهور وقيل باشتراكهما في جدار السفل واختصاص صاحب العلو بجداره ولو اختلفا في السقف فالظاهر الاشتراك لكونه في يدهما فمع عدم البينة يحكم بينهما بالشركة (مسئله ٥) لو تنازع في ثياب العبد او سرج الدابة حكم بالثياب لصاحب العبد وبالسرج لصاحب الدابة (مسئلة ٦) الراكب اولى من القابض باللجام وكذا صاحب الحمل من قابض اللجام والراكب اولى بالحمل من صاحب الدابة (مسئلة ٧) لو تنازعا في حزام ملفوف في وسط احدهما

ومقدار ذراع من طرفه بيد آخر فالظاهر ان المتحزم اولى (مسئلة ٨) اكثرية التصرف في شيء لا تدل على الاختصاص والاولوية مع كون ذلك الشيء في يدهما او في تصرفهما وكذا اذا كان ثوبا كثيره في يد احدهما فانه لا يدل على الاختصاص به (مسئلة ٩) اذا شك في امارة انها تدل على الاختصاص واليد او لا حكم بعدمه وكذا اذا تعارضت الامارات من الطرفين فانه لا يحكم بكون اليد لهذا او ذاك بل يحكم بكونها لهما الا اذا تعددت في احد الطرفين دون الاخر فتأمل

﴿ الفصل الخامس عشر في الاختلاف في العقود ﴾

وفيه صور لانه اما ان يكون في احد الطرفين من عقد واحد اما بالزيادة والنقصان كان قال آجرتك هذه الدار بعشرة وقال الاخر بل بخمسة او قال بهذا الثوب وقال الاخر بل بهذين الثوبين او قال آجرتك بيتا من هذه الدار بعشرة وقال الاخر بل كلها بها واما بالتباين كان قال اجرتك بخمسة دنانير وقال الاخر بخمسة دراهم او قال اجرتك هذا البيت من الدار بكذا وقال الاخر بل هذا البيت الاخر واما ان يكون الاختلاف في كلا الطرفين من عقد واحد كان يقول اجرتك هذا البيت بعشر دراهم ويقول الاخر آجرتني البيت الاخر بخمسة واما ان يكون الاختلاف في نوع العقد كان يقول اجرتك الدار بكذا ويقول الاخر بل بعتني او يقول اجرتني او يقول بعتك بكذا ويقول الاخر بل وهبتني او صالحتني وهكذا فهنا مسائل (مسئلة ١) اذا اختلفا في انه آجر الدار بخمسة او بعشرة او بهذا الثوب او بهذين الثوبين فمع عدم البينة لاحدهما في المسئلة وجوه واقوال والمشهور تقديم قول المستأجر بيمينه على نفي الزيادة وعن المبسوط وبعض المتأخرين التحالف لان العقد المتشخص بالخمسة غير المتشخص بالعشرة فكل منهما مدع ومدعى عليه واذا تحالفا انفسخ العقد بحكم الحاكم ورجع المؤجر باجرة المثل للمنفعة المستوفاة كلا او بعضاً ومع عدم الاستيفاء لا شيء له وعن الخلاف القرعة مع اليمين وربما يحتمل القرعة بلا يمين وعن بعضهم الفرق بين النزاع قبل انقضاء الاجل فالتحالف او بعده فالقرعة او تقديم قول المستأجر متردداً بينهما وفي الجواهر المتجه التحالف اذا كان مصب الدعوى هو العقد وانه وقع على الخمسة او العشرة وتقديم قول المستأجر اذا كان في الزيادة والنقصان والاقوى تقديم قول المستأجر مطلقا الا اذا كان مصب الدعوى الخمسة او

العشرة فواضح واما اذا كان مصبها العقدين فلانه لما كان المقصود من النزاع فيهما هو اثبات الزيادة وعدمها فالذي يدعي وقوع العقد على الاكثر يعد في العرف مدعيا لانه لاغرض له في هذه الدعوى الا بيان اشتغال ذمة المستأجر بالازيد وكذا الاغرض للمستأجر الا نفيه فلا يكون من التداعي والتحالف نعم لو كان للمستأجر غرض آخر من دعوى وقوع العقد على الاقل يكون من التداعي بشرط ان يكون ذلك موجباً لثبوت حق على المؤجر واما لو كان له غرض من عند نفسه من غير ان يثبت به شئ على المؤجر فلا يكون كذلك كما اذا نذر ان يعطي فقيراً درهما لو اوقع عقد الاجارة على غير الخمسة مثلاً فلا ارتباط له بالمؤجر حتى يكون من التداعي هذا ومع الاغماض عن حكم العرف ايضاً يمكن ان يقال بتقديم قول المستأجر لان وقوع العقد على الاقل متيقن ولو في ضمن الاكثر ووقوعه على الاكثر غير معلوم والاصل عدم وقوعه عليه فيكون مدعيه مدعياً والمستأجر منكراً ونظير المقام الشك في المأمور به بين الاقل والاكثر حيث انه يمكن ان نتمسك باصالة العدم مع الاغماض عن اصل البرائة بان يقال شمول الامر بالصلوة مثلاً لما عدا السورة معلوم والشك في شموله للسورة ايضاً اولا والاصل عدم شموله لها وعدم كونها تحت الامر اذ ليس الغرض اثبات ورود الامر على خصوص ماعدا السورة بل الغرض ان وجوبه معلوم بعد ورود هذا الامر بخلاف السورة فان شمول الامر لها وكونها تحته غير معلوم والاصل عدمه وكذلك في المقام ايضاً ليس الغرض وقوع العقد على خصوص الاقل وحده بل الغرض شمول العقد له وعدم شموله للزايد فمع فرض كون مصب الدعوى العقد ايضاً يمكن التمسك باصل العدم وجعل المؤجر مدعياً نعم لو كان النزاع في ان العقد وقع على خصوص الاقل وكان الغرض اثبات الخصوصية كان من باب التحالف لكنه ليس كذلك ثم على تقدير القول بالتحالف لاوجه لما ذكروه من انهما لو حلفا اونكلا يحكم بانفساخ العقد اذ لادليل عليه سوآء ارادوا الانفساخ واقعاً او ظاهراً اما الاول فواضح واما الثاني فلان غاية الامر سقوط الدعويين بالنسبة الى تعيين وقوع العقد على كذا او كذا لا سقوطهما اصلا بعد العلم بوقوع عقد صحيح على احد الوجهين موجب لانتقال المنفعة الى المستأجر قطعا واشتغال ذمته باحدى الاجرتين فيرجع الامر الى دعوى

الاشتغال بالاقل او الاكثر واللازم تقديم قول مدعي الاقل بيمينه ويكون كالو علما بوقوع عقد بينهما على احد الوجهين بلا نزاع بينهما لجهلهما بالتعيين (ودعوى ان) مقتضى حلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر الحكم بعدم وقوع عقد بينهما في ظاهر الشرع مدفوعة بعدم ذلك بعد العلم تفصيلا بانتقال المنفعة الى المستأجر واجمالا باشتغال ذمته للموجر باحدى الاجرتين وبعبارة اخرى سقوط الدعويين في السبب وهو العقد لا يستلزم سقوط الدعوى في المسبب بل يرجع منها الى مقتضى القاعدة فيها كما ان في الاصول العملية اذا تعارض الاصلان في السبب يحكم بسقوطهما ويرجع الى الاصل في المسبب مع انه لو كان مقتضى التحالف ما ذكروه لزم فيما لو تنازعا في عين بيد ثالث او لا يد عليها وحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر ان يجري عليها حكم مجهول المالك ولو علم كونها لاحدهما مع انه ليس كذلك قطعا ﴿ مسئلة ٢ ﴾ اذا اختلفا في مال الاجارة انه خمسة او عشرة وكان لاحدهما بينة قضي له سواء كان هو المؤجر او المستأجر اما اذا قلنا انه من باب التداعي وان كلا منهما مدع ومنكر فواضح واما على المختار من كونه من باب المدعي والمنكر فكذلك بناء على ما هو الاقوى من سماع البينة من المنكر لو بناء على عدم سماعها منه فان كان من له البينة هو المدعي قضي له وان كان هو المنكر فيكون مثل صورة عدم البينة لكون بينته كالعدم فيجري عليه حكم المنكر (واما اذا) اقام كل منهما بينة فاما ان تكونا مطلقتين او مؤرختين بتاريخ واحد او بتاريخين او احديهما مطلقة والاخرى مؤرخة ذكروا ان في صورة اختلاف التاريخين يعمل بالمتقدم تاريخا لبطلان المتأخر لعدم صحة الاجارة الثانية بعد الاولى مع فرض عدم الاقالة وفي باقي الصور يتحقق التعارض وفيه قولان (احدهما) للشيخ في المبسوط وهو القرعة والحكم لمن خرج اسمه مع يمينه (والثاني) لابن ادريس وهو تقديم بينة المؤجر لكونه خارجا ومذهبه تقديم بينة الخارج مع كون المراد من الخارج والداخل المدعي والمنكر لا المدعي وخصوص ذي اليد (والتحقيق) عدم الفرق بين الصورة المذكورة والثلاثة الاخرى في تحقق التعارض وذلك لان المفروض وقوع عقد واحد والنزاع في انه وقع على الاقل او الاكثر والاختلاف في تاريخ البينتين لا يوجب تعدده فهما متعارضتان في تعيين ذلك العقد كسائر الصور فالمقام نظير ما اذا اختلفت البينتان في ان قاتل

زيد هو بكر او خالد واختلفنا في التاريخ فانه لا اشكال في تعارضهما وتنافيهما ودعوى ان محل الكلام اعم من صورة العلم باتحاد العقد وصورة احتمال تعدده ومع التعدد يكون المتأخر باطلا مع فرض عدم الاقالة لصحة المتقدم بلا معارض مدفوعة اولا بعدم تمامية ماذكروه في صورة العلم بالاتحاد فيكون اخص من المدعى وثانيا بمجرد احتمال التعدد لا يكفي في الحكم ببطلان المتأخر كما هو واضح والبينتان متعارضتان في الظاهر واحتمال عدم التنافي بينهما لا يكفي في الخروج عن التعارض والا ففي صورة اطلاقهما او اطلاق احديهما ايضاً يحتمل عدم التنافي بان يكون العقد متعدداً وكان احدهما اسبق فيلزم عدم اجراء حكم المعارضة في هاتين الصورتين ايضاً الا ان يقال بالفرق بان فيهما ليس المتقدم معيناً على فرض التعدد بخلاف صورة الاختلاف لكن كفاية هذا المقدار من الفرق غير معلومة فالظاهر صدق التنافي والتعارض في جميع الصور حتى مع احتمال تعدد العقد ثم ان الاقوى هو القول الاول اى القرعة لكن بعد عدم المرجح لاحديهما اما اذا كان مصب الدعوى هو العقد وقلنا انه من باب التداعي فواضح واما اذا جعلناه من المدعي والمنكر فلما هو الاقوى من سماع بينة المنكر فيرجع الى القرعة بينهما بعد فقد المرجحات والمفروض ان المدعى به في الذمة لا في يد المنكر حتى تكون مرجحة لبينته فليس له الا الاصل وهو لا يكون مرجحا نعم لو كان مال الاجارة عيناً خارجياً مرددة بين الاقل والاكثر رجحت بينة من هي في يده من الموجر او المستأجر لاعتضادها بها ثم بعد القرعة يحكم لمن خرج اسمه اذا حلف والا فيحلف الاخر ويحكم له وان نكلا قسم الزائد بينهما (مسئلة ٣) اذا قال آجرتك نصف الدار بعشرة الى سنة مثلا وقال الاخر بل اجرتني تمام الدار كذلك فهو عكس المسئلة السابقة اذ الموجر هنا يدعي الاقل والمستأجر يدعي الاكثر فينعكس الحكم ويجري على كل منهما عكس ما جرى عليه في المسئلة السابقة وكذا اذا قال الموجر اجرتك الدار الى شهر بكذا وقال المستأجر بل الى شهرين فان المدعي للزيادة هو المستأجر وعلى هذا فعلى المختار في المسئلة السابقة نقول هنا ان لم يكن لواحد منهما بينة يكون الموجر منكراً وعليه الحلف وان كانت لاحدهما قضى له وان اقام كل منهما بينة فالحكم القرعة مع فقد المرجحات وعلى من خرج اسمه الحلف وان لم يحلف حلف الاخر وان نكلا قسمت الزيادة بينهما فيحكم للمستأجر

بثلاثة ارباع الدار الى سنة فى الفرض الاول وبشهر ونصف فى الفرض الثانى ولا يسقط من الاجرة شيء لانها عشرة على القولين نعم لو كان النزاع اورفعه بعد انقضاء المدة مع فرض تصرف المستأجر فى تمام الدار يكون عليه اجرة المثل للربع الراجع الى المالك المؤجر وكذا ان كان النزاع فى الفرض الثانى بعد تصرف المستأجر فى الدار الى انقضاء شهرين يكون عليه اجرة المثل لنصف الشهر الراجع الى المؤجر فما عن كاشف اللثام من سقوط الاجرة بالنسبة الى ربع الدار او نصف الشهر لا وجه له اذلا نزاع بينهما فى كون الاجرة عشرة اما للنصف واما للكل وانما النزاع فى منفعة النصف الاخر او منفعة الشهر الاخر وانها لايهما فتقسم بينهما ثم انهم ذكروا فى صورة كون البينتين مؤرختين مع اختلاف التاريخين ان الحكم للاقدم وان المتأخر باطل كما ذكروه فى المسئلة السابقة وزادوا هنا انه اذا كان الاقدم بينة الاقل حكم بمقتضاها من صحة اجارته بتمام الاجرة ويحكم بمقتضى المتأخرة باجارة الباقى بالنسبة من الاجرة وهى النصف منها فى المثال المفروض فيثبت فيه على المستاجر خمسة عشر عشرة فى قبال النصف ببينته وخمسة فى قبال النصف الاخر بالبينة المتأخرة تاريخاً حيث لا معارض لها بالنسبة الى النصف الثانى وفى الجواهر ولا ينافى ذلك خروجه عن دعويهما التى هى وقوع عقد واحد منهما وكون العوض فيه عشرة وانما الاختلاف فيما تضمنه فى مقابلة العشرة انه الدار أو نصفها لان الثابت فى الشرع حجية بينتهما لا دعويهما وقد اقتضتا ما عرفت فينبغى العمل به لاحتمال كونه الواقع وان خرج عن دعويهما معاً كما سمعته فى تنصيف العين التى ادعى كل منهما انها له وهى فى ايديهما وتسمعه فى غيره بل قد يقال بوجوب العمل بكل منهما وان علم الحاكم بخروج الحاصل من مقتضى الاجتهاد فى اعمالهما عن الواقع فضلاً عن دعويهما مع احتمال الواقع انتهى قلت (اولا) يرد عليهم ما ذكرنا فى المسئلة السابقة من تنافى البينتين وتعارضهما مع فرض وحدة العقد والاختلاف فى انه وقع على جميع الدار او على نصفها فلا وجه لتقديم الاسبق والحكم ببطلان المتأخر اذ ليس هناك عقدان احدهما اسبق من الاخر (وثانياً) لا وجه للزيادة التى ذكروها لان البينة السابقة وان قدمت على المتأخرة بالنسبة الى النصف الا انها تعارضها بالنسبة الى النصف الاخر لا ان تكون المتأخرة بلا معارض

فاللازم اعمال حكم المعارضة بينهما بالنسبة الى النصف الآخر وبعد القرعة ونكول احدهما عن الحلف اللازم يقسم النصف الثاني بينهما فيكون للمستأجر ثلاثة ارباع الدار لاتمامها وثالثاً لا وجه للحكم بالاجرة للنصف الثاني بالنسبة اذ على تقدير صحة الاجارة بالنسبة اليه انما يكون بخمسة من تلك العشرة لا بخمسة اخرى لانه لا نزاع في ان الاجرة عشرة وانما الكلام في انها في قبال النصف او في قبال الجميع وهذا واضح جداً و اما ما ذكره صاحب الجواهر من قوله ولا ينافي ذلك الى آخره فلا يخفى ما فيه من اوله الى آخره (مسئلة ٤) ما ذكرنا في حكم الاختلاف في قدر مال الاجارة أو العين المستأجرة من تقديم قول مدعي النقيصة في الموضعين يجري في ساير العقود بل في الايقاعات ايضاً فان الاقوى في جميع ذلك الا في الاختلاف في مقدار الثمن في البيع فان المشهور المدعى عليه الاجماع عن الغنية وكشف الرموز تقديم قول البايع المدعي للزيادة بيمينه اذا كان المبيع قائماً بعينه من غير فرق بين ان يكون في يد البايع او المشتري ويدل عليه مرسل البزنطي الذي رواه المشايخ الثلاثة المنجبر بما مر من الشهرة و الاجماع عن ابي عبد الله ع في الرجل يبيع الشيء فيقول المشتري هو بكذا وكذا اقل مما قاله البايع القول قول البايع اذا كان الشيء قائماً بعينه مع يمينه المؤيد بالصحيح فان اختلفا فالقول قول رب السلعة او يتتاركا الظاهر في بقاء العين وبالنبوي ص اذا اختلف المتبايعان فالقول قول البايع والمبتاع بالخيار ولكن في المسئلة اقوال اخر ضعيفة واما مع عدم قيام المبيع فلا اشكال في تقديم قول المشتري والمراد بقيامه بقائه عند المشتري فلو انتقلت عنه انتقالاً لازماً بل او جايزاً يكون كالتالف في تقديم قول المشتري وتلف بعضه أو نقله كتلف الكل أو نقله لعدم صدق قيام العين مع كون الحكم على خلاف القاعدة واللازم الاقتصار على المتيقن والامتزاج بغير الجنس كالتلف دون الامتزاج بمثله (ثم ان) الحكم مختص بالاختلاف في قدر الثمن واما في قدر المبيع فيحكم بمقتضى القاعدة من تقديم قول مدعي الاقل كما انه لو اختلف وارثاهما أو وارث احدهما مع الآخر فالحكم فيه بمقتضى القاعدة لان تقديم قول البايع من باب الحكم الشرعي وليس حقاً حتى ينتقل الى الوارث (مسئلة ٥) اذا اختلفا في تعيين مال الاجارة أو في تعيين العين المستأجرة كان يقول اجرتك بدينار وقال الآخر بل بعشر دراهم أو قال اجرتك بهذا

الثوب وقال الآخر بل هذا الثوب أو قال اجرتك هذا البيت من الدار وقال الآخر بل هذا البيت فالحكم فيه مع عدم البينة التحالف ومع حلفهما أو نكولهما فالتنصيف اي تنصيف كل من الشيئين المتنازع فيهما ويحتمل الرجوع الى القرعة ومع البينة لاحدهما يحكم له ومع اقامتهما البينة فاعمال قاعدة تعارض البينات وماذكر من التنصيف في صورة التحالف مع حلفهما أو نكولهما هو الاقوى لكن يظهر من بعضهم ان الحكم هو الانفساخ ورجوع كل من العوضين الى مالكه وقد صرحوا به في باب البيع اذا اختلفا في تعيين المبيع أو الثمن مع عدم البينة بل ظاهرهم الاجماع عليه متمسكين بالنبوي ص المتبايعان اذا اختلفا تحالفا وترادا وبان مقتضى حلف كل منهما على نفي قول الآخر سقوط دعواه فيكون كان لم يقع عقد بينهما ثم انهم اختلفوا في ان الانفساخ من حين الحلف أو من الاول او انه بالنسبة الى ما اتفقا عليه ثمنا أو مثمنا من الحين وبالنسبة الى المختلف فيه منهما من الاول ويظهر الفايدة في النماء وفيما لو وقع التحالف بعد انتقال العين بعقد لازم أو الخروج عن الملك بعتق أو وقف أو نحوهما ولا يخفى ما فيما ذكروه (اما اولا) فلان تعليلهم لا يجري في صورة نكولهما (واما ثانياً) فلما اشرنا اليه سابقاً من ان حلف كل منهما على نفي قول الآخر انما هو في التعيين والا فهما متفقان على وقوع عقد بينهما فالساقط بالحلف هو التعيين لا اصل العقد الذي هو معلوم ومتفق عليه فيكون الحال كما اذا علما بوقوع عقد بينهما ونسيا انه كان على كذا أو كذا من غير نزاع بينهما فانه لا اشكال في عدم الحكم بالانفساخ حينئذ بل الحكم فيه اما القرعة و اما الصلح القهري بالتنصيف (وثالثاً) ان مقتضى ماذكروه انه لو اختلفا في عين في يد ثالث اولا يد لاحد عليها وتحالفا ان يحكم بكونها مجهول المالك حتى مع العلم بانها لاحدهما ولا يقولون به بل ولا يمكن القول به واما النبوي ص فهو عامي مع ان مقتضاه الحكم بالانفساخ في جميع صور دعوى المتبايعين والتخصيص بالصورة المفروضة اخراج للاكثر مع ان ظاهره الانفساخ الواقعي ولا يقولون به ثم على فرض صحة ماذكروه لا ينبغي الاشكال في كون الانفساخ من الاول لانه مقتضى حلف كل منهما اذ هما يحلفان على ان العقد لم يقع على كذا من الاول فلا وجه لدعوى كون الانفساخ من حين الحلف واما القول الثالث فلا يخفى فساده فظهر

ان الاقوى ماذكرنا من التنصيف أو القرعة في جميع المقامات حتى البيع والاجماع فيه غير مسلم مع ان مدركه معلوم ومما ذكرنا ظهر حال ما اذا كان الاختلاف في كلا العوضين (مسئلة ٦) اذا اختلفا في نوع العقد كما اذا قال بعتك كذا بكذا وقال الاخر بل وهبتني لدفع لزوم العوض فمع البينة لاحدهما يحكم له ومع اقامتهما البينة يرجع الى قاعدة تعارض البينات ومع عدم البينة يتحالفان ومع حلفهما أو نكولهما يرجع النزاع الى اشتغال ذمته بالعوض وعدمه فيقدم قول المنكر بيمينه ولازم كلامهم في المسائل المتقدمة الحكم بالانفساخ هنا ايضاً بعد حلفهما أو نكولهما وقد مر مافيه والاولى ان يقال ان كان الغرض من الدعوى وقوع عقد كذا أو كذا فالحكم هو التحالف وان كان الغرض استحقاق العوض وعدمه فيكون القول قول مدعي الهبة لاصالة البراءة ودعوى ان مقتضى قاعدة احترام مال المسلم تقديم قول مدعي البيع كما ترى لاتفاقهما على انه ملكه ذلك الشيء فلا يكون تصرفه فيه تصرفاً في مال الغير حتى يقال ان ماله محترم والتمليك المجاني بالاختيار لاينافي الاحترام كيف والالزم فيما اذا اختلفا في قلة الثمن وكثرته ان يقال بتقديم قول البايع اذا كان المبيع يسوى ازيد مما يدعيه المشتري ولاقائل بهذا ولو انعكس النزاع انعكس الحكم بان قال وهبتك وقال الاخر بل بعتني وكان غرضهما من النزاع جواز الرجوع وعدمه كما اذا كانت العين قائمة بعينها وكان المنتقل اليه اجنبياً فانه على تقدير الهبة يجوز الرجوع فيها بخلافه على تقدير البيع أو كان قبل القبض فانه يجوز الرجوع على تقدير الهبة ولا يجوز على تقدير البيع (مسئلة ٧) اذا اختلفا في انه صالحه بلاعوض أو معه فمع عدم البينة يقدم قول من يدعي عدم العوض لاصالة عدم ذكر العوض واصالة البراءة منه وكذا اذا اختلفا في انه وهبه هبة مجانية أو بشرط العوض (مسئلة ٨) اذا اتفقا على انه اذن له في التصرف في شيء من ماله واختلفا في انه اذن مجاناً أو مع العوض فالمسئلة مبنية على ان مقتضى الاصل في اليد الضمان الا ان يثبت الاذن المجاني أو عدم الضمان الا ان يثبت كونه بشرط العوض والظاهر هو الاول لقاعدة احترام مال المسلم لان المفروض انه تصرف في مال الغير والاذن اعم من ان يكون مجاناً أو مع العوض فهنا محل قاعدة احترام المال (مسئلة ٩) اذا قال بعتك داري بكذا من الدراهم مثلاً وقال الاخر نعم ولكنني

است مشغول الذمة بذلك العوض فقد يحتمل جريان اصل البراءة لاحتمال كون البايع مديوناً للمشترى بمقدار الثمن من الدراهم أو كون مقداره امانة عنده فجعله ثمناً للمبيع لكن الاقوى تقديم قول البايع لا لاصالة احترام ماله لان المفروض تمليكه اياه بالعوض بل لان الاصل عدم وصول العوض اليه مع ان الشك فيه مسبب عن الشك في شغل ذمته سابقاً بالدين وعدمه او كونه امانة للمشترى عنده وعدمه والاصل عدمهما وكذا الحال اذا اتفقا على انه تزوج المرئة بمائة دينار مثلاً وادعى عدم اشتغال ذمته بها فان الاصل عدم وصول المهر المجعول اليها وان احتمل كونها مديوناً له قبل هذا وجعله الدين مهراً لها نعم اذا اختلفا في اصل استحقاق المهر وعدمه يمكن ان يقال الاصل عدمه لاحتمال كون المهر من ابيه او متبرع فلم تستحق عليه شيئاً اصلاً حتى يقال الاصل عدم وصوله اليها (مسئلة ١٠) لو اختلفا في انه اجره داره أو غيرها الى مدة كذا أو اعاره اياها فاما ان يكون المدعى للاجارة هو المالك لارادة الزامه بالاجرة واما ان يكون المدعى لها هو القابض لارادة منع المالك من تمكن الاسترداد الى اخر المدة أو لدفع الضمان عن نفسه فيما اذا كانت العين من الذهب والفضة وقد تلفت في يده وعلى الاول اما ان يكون النزاع في ابتداء المدة قبل استيفائه شيئاً من المنفعة أو في اثنائها أو بعد انقضائها فان كان قبل الاستيفاء فلا اشكال في ان المالك هو المدعى وان القول قول القابض بيمينه وان كان النزاع بعد الاستيفاء بعضاً أو كلاً ففي المسئلة اقوال فمن جماعة ان القول قول القابض لاصالة البرائة عن ضمان الاجرة وعن المشهور ان القول قول المالك على عدم الاعارة ويثبت على القابض اجرة المثل في تلك المدة التي كانت بيده لاصالة احترام مال المسلم وهو المنفعة التي استوفاها ولقاعدة اليد والاتلاف وعن بعضهم التحالف واجراء حكمه وعن الشيخ استعمال القرعة في تعيين المنكر منهما فيكون القول قوله بيمينه والاقوى هو القول الاول اذا كان محط الدعوى هو استحقاق الاجرة وعدمه لاصالة عدم الاجارة ولا يعارضها اصالة عدم الاعارة لانها لا تثبت الضمان الا بضميمة العلم الاجمالي بخلاف اصالة عدم الاجارة فانها موجبة لعدم الضمان بنفسها مع انهما اذا تعارضا يبقى اصل البرائة من الاجرة بل وكذا اذا كان مصب الدعوى ان الواقع اي من العقدين لان

الغرض من النزاع هو اثبات الاجره وعدمها فيصدق عرفاً ان المالك هو المدعى و القابض المنكر نعم لو كان الغرض فى تشخيص الواقع بملاحظة خصوصية لا الضمان وعدمه فاللازم التحالف واجراء حكمه ودعوى ان مقتضى قاعدتى اليد والاتلاف الضمان مدفوعة بان مجريهما صورة معلومية كون التصرف فى مال الغير من غير اذن مجانى مع انهما يثبتان اجرة المثل لا المسمى وهما متفقان على عدم استحقاق اجرة المثل ومن هذا يظهر عدم صحة التمسك بقاعدة الاحترام على فرض تماميتها فى المقام لانها ايضاً لا تثبت المسمى بل اجرة المثل المتفق على عدمها خصوصاً اذا كانت الاجرة المسماة من سائر الاجناس غير النقود وجواز اخذها مقاصة عن الاجرة المسماة فرع ثبوتها وما يمكن ان يقال من جواز التمسك بموثق اسحق بن عمار الدال على تقديم قول مدعى القرض على مدعى الوديعة حيث ان تقديم قول مدعى القرض لاجل احترام مال المسلم فيه عدم معلومية كونه من هذه الجهة بل هو حكم تعبدى لا يصح القياس عليه وعلى فرضه فرق بين المقامين فان فيما نحن فيه النزاع فى العوض المسمى بخلاف القرض فان فيه عوض المثل (ثم اذا كان) النزاع فى اثناء المدة فعلى المختار من تقديم قول مدعى العارية يجب عليه رد العين الى المالك لاعترافه بعدم استحقاقه منفعة بقية المده وان اعترف المالك بكونها له وله اخذها مقاصة عما يدعى استحقاقه من الاجرة المسماة واما على قول المشهور من تقديم قول المالك فله ان لا يدفعها اليه والانتفاع بها فى بقية المدة بمقدار ما دفعه من اجرة المثل للماضى من المدة من باب المقاصة وليس للمالك الانتزاع منه بعد اعترافه بانها له نعم فى المقدار الزائد عما دفعه من الاجرة له الانتزاع منه مقاصة عما يدعيه من بقية اجرة المسمى ويشكل الحال اذا كان لكل منهما بقية وتنازعا فى المقاصة (واما على الثانى) وهو ما لو انعكست الدعوى بان ادعى المالك الاعارة لاثبات التمكن من الانتزاع وادعى القابض الاجارة لمنعه عن ذلك فالقول قول المالك لاصالة عدم الاجارة وبقاء المنفعة على ملكه ولا تعارضها اصالة عدم الاعارة لانها لا تثبت ملكية المنفعة بنفسها بخلاف اصالة عدم الاجارة فانها تثبت بنفسها بقاء المنفعة على ملك المالك نعم يمكن ان يقال بتقديم قول القابض لكونه ذا يد وهى مقدمة على الاصل العملى اى اصل عدم الاجارة فتأمل ولو ادعى المالك الاعارة المضمونة بالشرط

أو لكون العين من الذهب والفضة والمفروض تلف العين وادعى القابض الاجارة وكون العين عنده على وجه الامانة قدم قول القابض لاصالة البراءة من الضمان (مسئلة ١١) اذا تنازعا في عين قد تلفت في يد القابض انه باعها منه أو اودعها عنده بان قال المالك بعتكها بكذا وقال القابض اودعتنيها فالاقوى تقديم قول القابض لاصالة عدم البيع واصالة البراءة من العوض ومقتضى قول المشهور في مسئلة الاختلاف في الاجارة والاعارة من تقديم قول المالك والحكم بضمان اجرة المثل للمنفعة المستوفاة تقديم قول المالك هنا ايضاً والحكم بضمان ثمن المثل لاصالة عدم الابداع وقاعدتي اليد والاحترام وفيه ما مر من ان المتنازعين متفقان على عدم ضمان قيمة المثل وانما نزاعهما في استحقاق العوض المسمى وعدمه واصالة عدم الابداع لا تثبت ذلك الا بضميمة العلم الاجمالي بخلاف اصالة عدم البيع فانها بنفسها تنفي استحقاق العوض وبالجملة الكلام في هذه المسئلة كالكلام في تلك فلو كانت العين موجودة وقال القابض بعتنيها وقال المالك اودعتكها بعكس الفرض الاول يقدم قول المالك لاصالة بقائها على ملكه وكذا الحال في جميع ما كان من قبيل هذه المسئلة (نعم) لو قال المالك اقرضتك العين وقال القابض اودعتنيها والمفروض كونها تالفة فمقتضى ما ذكرنا وان كان تقديم قول القابض الا ان الاقوى تقديم قول المالك لموثقة اسحق بن عمار قال سئلت ابا الحسن ع عن رجل استودع رجلاً الف درهم فضاعت فقال الرجل كانت عندي وديعة وقال الاخر انما كانت عليك قرضاً قال ع المال لازم له الا ان يقيم البينة انها كانت وديعة وموثقته الاخرى عن ابي عبد الله ع في رجل قال لرجل لي عليك الف درهم فقال الرجل لا ولكنها وديعة فقال ع القول قول صاحب المال مع يمينه ودلالتهما واضحة فيجوز الخروج عن مقتضى القاعدة بهما مع انه يمكن ان يقال كما اشرنا اليه سابقاً بالفرق بين هذه المسئلة وبين المسئلتين السابقتين فان فيهما النزاع في العوض المسمى من الاجرة او الثمن ولا يمكن اثباته بقاعدتي اليد والاحترام المقتضيين لعوض المثل المتفق بين المتنازعين عدمه بخلاف هذه المسئلة فان مرجع النزاع فيها الى ثبوت اصل العوض من المثل أو القيمة وعدمه اذ القرض ليس معاوضة بل هو تمليك بالضمان فالعوض فيه هو المثل او القيمة لا المسمى كان مقتضى قاعدتي اليد والاحترام ايضاً ذلك فلا مانع

من اجرائها في هذه المسئلة بحيث ان مقتضاها ليس مما اتفق المتنازعان على عدمه
(مسئلة ١٢) اذا تنازعا في عين انها رهن او وديعة بان قال المالك انها وديعة
وادعى القابض كونها رهناً عنده فمع عدم البينة المشهور تقديم قول المالك للاصل
وعن المقنع والاستبصار تقديم قول القابض ونسب ايضاً الى بعض متاخرى
المتأخرين وعن ابن حمزة تقديم قول القابض ان اعترف المالك بالدين والا فقول
المالك وعن ابن الجنيد تقديم قول المالك ان كانت امانة عند القابض ثم ادعى رهانتها
وقول القابض ان ادعى الرهانة ابتداء والظاهر ان محل النزاع اعم من صورة تحقق
الدين وعدمه بقرينة نقلهم قول ابن حمزة في عداد الاقوال ولا وجه لدعوى كون محل
الخلاف صورة اتفاقهما على الدين وكيف كان فالاقوى في صورة تحقق الدين تقديم
قول القابض لدلالة يده على ما يدعيه من الحق اذ هي كما انها امارة على الملكية كذلك
امارة على الحق وهي مقدمة على اصالة عدم الرهانة فيكون القابض هو المنكر ويدل عليه
ايضاً خبر عبادة بن صهيب قال سئلت اباعبدالله ع عن متاع في يد رجلين احدهما
يقول استودعتكه والاخر يقول هو رهن فقال القول قول الذي يقول انه رهن عندي
الا ان يأتي الذي ادعى اودعه بشهود وذيل موثق ابن ابي يعفور الوارد عن الاختلاف
في مقدار الدين الذي عليه الرهن قال وان كان الرهن اقل مما رهن به او اكثر واختلفا
فقال احدهما هو رهن وقال الاخر هو وديعة قال على صاحب الوديعة البينة فان لم يكن
بينة حلف صاحب الرهن وصحيح ابان الموافق في المتن للموثق المزبور بناء على انه خبر
آخر وان ظن صاحب الحدائق انهما خبر واحد ودعوى ضعف هذه الاخبار لكون
الشهرة على خلافها كما ترى مع انه يمكن ان يقال ان نظر جملة منهم الى صورة عدم تحقق
الدين وانه لا يثبت قول القابض هذا رهن عليه فتحقق الشهرة على الخلاف غير معلوم
مع انه لا دليل لهم الا الاصل المقطوع بما ذكرنا نعم قد يستدل لهم بصحيح ابن مسلم
عن ابي جعفر ع في رجل رهن عند صاحبه رهناً فقال الذي عنده الرهن ارهنته عندي
بكذا وكذا وقال الاخر انما هو عندك وديعة فقال البينة على الذي عنده الرهن انه بكذا
وكذا فان لم يكن له بينة فعلى الذي له الرهن اليمين وفيه انه محمول كما عن الشيخ على
صورة النزاع في الدين لا الرهن فلا دلالة فيه على تقديم قوله في صورة تحقق الدين كما

لادلالة في الخبر الوارد في جواز استيفاء الدين من الرهن اذا مات المالك وخاف جحود الوارث لو اقر به وهو مكاتبة المروزي لابي الحسن ع في رجل مات وله ورثة فجاء رجل فادعى عليه مالاً وان عنده رهناً فكتب ع ان كان له على الميت مال ولا بينة له فليأخذ ماله مما في يده ويرد الباقي على ورثته ومتى اقر بما عنده اخذ به وطولب بالبينة على دعواه واوفى حقه بعد اليمين ومتى لم يقم البينة والورثة ينكرون فله عليهم يمين علم يحلفون بالله مايعلمون به على ميتهم حقاً بدعوى ان ظاهره عدم سماع قوله في دعوى الرهن وفيه ان ظاهره عدم سماع دعوى الدين وانه لابد من اثباته بالبينة لا عدم سماع دعوى الرهن ولو كان الدين محققاً واستدل في الجواهر ايضاً بموثقة اسحق بن عمار المتقدم في الاختلاف في القرض والوديعة الدال على ان القول قول صاحب المال مع يمينه قال وخصوص المورد لايخصص الوارد فيستفاد منه حينئذ اصالة عدم الحكم بخروج مال الانسان من يده الا بقوله وان كان مدعياً فضلاً عما نحن فيه مما هو مدعى عليه وفيه انه حكم تعبدي في مورد خاص والاستفادة المذكورة ممنوعة مع انه يحتمل ان يقال كما اشار اليه ان تقديم قول المالك في دعوى القرض من اجل قاعدة الضمان في اليد لا من حيث انه مالك فلايكون دليلاً على الاصل المذكور فظهر ان الاقوى في صورة تحقق الدين تقديم قول مدعي الرهن واما مع عدم تحققه فالحكم محل تأمل لان الرهن لايكون الا على دين على المالك او على غيره باذنه والمفروض عدم تحققه والتمسك باطلاق الاخبار المذكورة مشكل مع ان مقتضى الجمع بينهما وبين صحيح ابن مسلم ومكاتبة المروزي تخصيصها بصورة تحقق الدين فلايبعد قوة التفصيل المحكي عن ابن حمزة واما ماذكره ابن الجنيد من التفصيل ففيه ان الظاهر ان محل الكلام انما هو خصوص الثانية وهي دعوى الرهانة ابتداء واما الصورة الاولى وهي ما اذا اعترف القابض بكون ما في يده امانة ثم صار رهناً فخارجة عن محل الكلام مع ان مقتضى الاستصحاب بقاء يده على ما كانت من كونها على وجه الامانة وهذا اصل موضوعي مبين لحال اليد وتخرج عن كونها امارة على حقه والاخبار ايضاً منصرفة عن هذه الصورة (مسئلة ١٣) اذا اختلفا في صحة معاملة واقعة بينهما وفسادها فادعى احدهما الفساد اما اجمالاً من غير ذكر موجبه واما بدعوى وجود مانع او فقد شرط

اوعدم اهلية احدهما أو عدم صلاحية احد العوضين للعوضية كما اذا قال بعتك خمراً أو بخمر أو حراً أو بحر وقال الاخر بل خلاً أو بخل أو عبداً أو بعبد أو قال بعتك وانا صبي أو وانت صبي اوادعى الجهل باحد العوضين اوكليهما جنساً اوقدراً أو وصفاً اوادعى وقوع التزويج حال الاحرام اونحو ذلك فالمشهور تقديم قول مدعي الصحة وعن الكفاية الاشكال فيه وعن جامع المقاصد تخصيص الحمل على الصحة بما عدى الاركان من العوضين والمتعاقدين وعن المسالك تخصيصه في مثل النزاع في كون احد العوضين خمراً أو حراً بما اذا كان في الذمة والاشكال فيما اذا كان في عين خارجي كان يقول بعتك بهذا الخمر مشيراً الى معين وقال الاخر بل بهذا الخل مشيراً الى معين وقال الاخر بل بهذا الخل مشيراً الى معين اخر وفي الجواهر عدم الفرق بينهما في تقديم قول مدعي الصحة لكنه ادعى القطع بعدم الحمل على الصحة اذا كان النزاع في شيء واحد كان يقول بعتك بهذا الخمر فقال بل بهذا الخل لان اصل الصحة لا يشخص كونه خلاً مثلاً واستشكل بعضهم في صورة جهله بشرايط الصحة أو اعتقاده الصحة تقليداً أو اجتهاداً مثلاً اذا ادعى احدهما وقوع العقد بالعربي وادعى الاخر وقوعه بالفارسي مع كون مذهبه صحته فانه لا يقدم قول مدعي وقوعه بالعربي لان اصالة الصحة لا تقتضي الا الصحة عنده لا الصحة الواقعية فلا يكون فعله حجة عليه ويظهر من بعضهم الاشكال فيما اذا كان هناك اصل موضوعي يقتضي الفساد كالنزاع في بلوغ احدهما أو في تعيين احد العوضين او نحو ذلك مما كان مقتضى الاصل عدمه وحيث ان عمدة الدليل على هذا الاصل الاجماع والسيرة واختلال النظام لولاه فاللازم الاقتصار على القدر المتقن فيشكل تقديم قول مدعي الصحة في الصورة التي هي محل الخلاف أو الاشكال والقدر المتيقن صورة دعوى الفساد اجمالاً من غير ذكر موجبه اودعوى كون احد العوضين مالا يصلح للعوضية ونحوهما مما لم يكن هناك اصل موضوعي يقتضي الفساد ويشكل الحال في بقية الصور ودعوى ان الدليل هو الايات والاخبار الدالة على حمل فعل المسلم على الصحة كما ترى اذ لا دلالة فيهما مع ان الكلام اعم مما كان بين مسلمين أو كافرين او مختلفين كما لا وجه للتمسك له بالعمومات اذ مع الاغماض عن كون الشبهة مصداقية قد يكون هناك اصل يثبت موضوع المخصص المعلوم كاصالة عدم البلوغ واصالة

عدم التعيين ونحوها وفيه تخيل ان الدليل عليه ظاهر حال المسلم وفيه اولاً انه اخص من المدعى وثانياً لا دليل على حجيته (نعم) يمكن ان يقال ان الوجه في تقديم مدعي الصحة اخذ مدعي الفساد باعترافه بوقوع المعاملة الظاهرة في الصحيحة فيكون في دعوى ما يوجب الفساد مدعياً فعليه اثباته كما في ساير موارد الاقرار اذا ادعى بعده ما ينافيه وعليه ففي جميع الصور المذكورة يقدم قول مدعي الصحة الا في مورد لا ينفذ اقراره كما اذا قال بعتك وانا صبي بخلاف ما اذا قال بعتك وانت صبي فان الاقرار منه في وقوع البيع حجة عليه او يكون له عذر في اقراره بان كان جاهلاً بشرايط الصحة او كان معتقده الصحة تقليداً او اجتهاداً فان اقراره حينئذ اقرار بالصحة عنده لا الصحة الواقعية ودعوى عدم صدق البيع مثلاً في صورة النزاع في احد الاركان كما ترى ويصدق عرفاً في بيع الحر انه بيع قطعاً وكذا في بيع الصبي وبيع الحر ونحو ذلك فلا مانع من اخذه باقراره فيها (ثم ان) مقتضى تقديم قول مدعي الصحة ترتيب جميع آثارها فاذا قال بعتك بخمر وقال الاخر بل بخل له الزامه بدفع الخل سواء كان في الذمة او عيناً خارجية بل في الفرض الذي منع صاحب الجواهر الحمل على الصحة فيه وهو ما كان النزاع فيه في شيء واحد معين ايضاً يرتب اثر الصحة فيحكم بصحة البيع فيما اذا قال بعتك هذا العبد وقال بل هذا الحر وانتقال العوض الى البايع وان لم يتمكن المشتري من التصرف في المبيع حيث انه معترف بعدم انتقاله اليه هذا وذكر المحقق الانصاري قده ان الثابت من القاعدة المذكورة الحكم بوقوع الفعل بحيث يترتب عليها الآثار الشرعية المترتبة على الصحيح واما ما يلازم الصحة من الامور الخارجية عن حقيقة الصحيح فلا دليل على ترتبها عليه فلو شك في ان الشراء الصادر من الغير كان بما لا يملك كالخمر والخنزير او بعين من اعيان ماله فلا يحكم بخروج تلك العين من تركته بل يحكم بصحة الشراء وعدم انتقال شيء من التركة الى البايع لاصالة عدمه انتهى فان كان مراده ان في مثل النزاع بين المتبايعين في ان المبيع كان خمراً او خلاً ايضاً لا يحكم بانتقال الثمن اليه ففيه ما ذكرنا وان كان مراده ذلك في خصوص مثل الفرض الذي فرضه وهو كون الشك في المعاملة الصادرة عن الغير ففيه ايضاً تأمل (مسئلة ١٤) اذا اختلف الزوجان او وارثهما او احدهما مع

وارث الآخر في كون العقد دواماً او متعة فالظاهر تقديم مدعي الدوام وذلك لاتحاد حقيقتهما وكون الاختلاف بينهما باشتراط الاجل وعدمه كما هو ظاهر المشهور حيث قالوا لو لم يذكر الاجل كان العقد دواماً فالدائم ما لم يذكر فيه الاجل واختلاف احكامهما انما هو باشتراط الاجل وعدمه نظير اختلاف احكام البيع اللازم والخياري و يدل على ما ذكرنا من اتحاد حقيقتهما خبر ابان ابن تغلب قال قلت له اني استحيي ان اذكر شرط الايام فقال هو اضر عليك قلت وكيف قال انك ان لم تشترط كان تزويج مقام ولزمتك النفقة والعدة وكانت وارثة ولم تقدر على ان تطلقها الا طلاق السنة وموثق ابن بكير ان سمى الاجل فهو متعة وان لم يسم الاجل فهو نكاح ثابت فالدائم ما يذكر فيه الاجل و مرجع النزاع الى اشتراطه وعدمه و الاصل عدمه فيكون المدعي من يدعي المتعة والمنكر من يدعي الدوام فان كان المنكر للشرط هو احد الزوجين حلف على البت وان كان هو الوارث فكذلك ان كان عالماً بالحال والاحلف على نفي العلم ان ادعى عليه علمه به وظهر مما ذكرنا انه لا وجه لما قد يتخيل ان النزاع من باب التداعي لان اختلاف الاحكام يدل على تباينهما لما عرفت من ان الاختلاف يمكن ان يكون من قبل الشرط وعدمه

(مسئلة ١٥) اذا اذن المرتهن للراهن في بيع العين المرهونة فباع ثم ادعى المرتهن انه رجع عن اذنه قبل البيع وانكر الراهن رجوعه فمع عدم البينة يقدم قول الراهن لان الاصل عدم رجوعه عن اذنه وان رجع المرتهن عن اذنه فادعى الراهن انه باع قبل رجوعه يقدم مع عدم البينة قول المرتهن واما اذا تصادقا على البيع والرجوع واختلفا في المتقدم منهما فالمشهور تقديم قول المرتهن لاستصحاب بقاء الرهانة بعد تعارض اصالة عدم تقدم كل منهما على الآخر وقد يقال بتقديم قول الراهن لان اصالة بقاء الرهانة معارضة باصالة صحة البيع فيتساقطان فيرجع الى قاعدة تسلط الناس على اموالهم واورد عليه صاحب الجواهر بان اصالة صحة العقد مترتبة على سبقه بالاذن فاذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بصحة العقد بخلاف استصحاب بقاء الرهانة فانه باعتبار معلومية حصولها صحيحة سابقاً انما يكون الشك في طرو المبطل لها فيكفي في نفيه اصالة عدمه وليس استصحابها مشروطاً بسبق الرجوع على البيع حتى يقال انه اذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم به نحو ما سمعته في صحة البيع بل يكفي في صحة استصحابها

عدم العلم بسبق البيع (قلت) كان الاولى فى الايراد عليه منع جريان اصالة صحة البيع لما يأتى وانه على فرض جريانها لا تكون معارضة باصالة بقاء الرهانة بل هى مقدمة عليها لان الشك فى بقاء الرهانة وعدمه مسبب عن الشك فى صحة البيع وعدمها فمع جريان اصل الصحة يرتفع الشك فيه فلا وجه لدعوى تساقطهما ثم ان قوله ان اصالة صحة العقد مترتبة الخ لا وجه له لان نفس الصحة مترتبة على سبق الاذن لا اصالتها فمع فرض جريانها لا يضر توقف الصحة على الشرط فانها تجرى مع الشك فيها سواء كان لاجل الشك فى الشرط او المانع وعن جامع المقاصد ايضاً الاشكال فى الرجوع الى اصالة بقاء الرهانة حيث قال ان الاصل و ان كان عدم صدور البيع على الوجه الذى يدعيه الراهن الا انه لا يتمسك به الا ان لحصول الناقل عنه وهو صدور البيع مستجمعاً لجميع ما يعتبر فيه شرعاً وليس هناك ما يخل بصحته الا كون الرجوع قبله ويكفى فيه عدم العلم بوقوعه كذلك لان المانع لا يشترط العلم بانتفائه لتاثير المقتضى والا لم يمكن التمسك بشيء من العلل الشرعية اذ لا يقطع بنفى موانع تأثيرها بحسب الواقع وهو معلوم البطلان الى ان قال على ان ما ذكروه فى الاستدلال انما يتم على تقدير تسليم بقاء الاصلين المزبورين والانحصار فيهما وفى الاصل الثالث الذى ذكروه وليس كذلك فان لنا اصلاً آخر من هذا الجانب وهو ان الاصل فى البيع الصحة واللزوم ووجوب الوفاء بالعقد انتهى (قلت) اما ما ذكره اولاً من استجماع البيع لجميع الشرائط ولا مخل له الا كون الرجوع قبله ويكفى فيه عدم العلم ففيه ان الشرط فى صحته الاذن وهو مشكوك فليس الشك فى المانع بل فى الشرط مع ان المانع ايضاً لابد من احراز عدمه ولو بالاصل وهو هنا معارض باصل اخر واما ما ذكره اخيراً من التمسك باصل الصحة فى البيع وعموم وجوب الوفاء ففيه انه ان اراد من اصل الصحة حمل فعل المسلم عليها فلا وجه له مع انه معارض بحمل فعل الراجع على الصحة لان الرجوع ايضاً له صحيح وفاسد و ان اراد ما هو المعروف من تقديم مدعى الصحة على مدعى الفساد فى المعاملات فهو فيما كان مدعى الفساد طرفاً فى المعاملة ليكون فعله حجة على نفسه وفى المقام ليس مدعى الفساد طرفاً فى البيع بل هو شخص اخر فيلزم من حمله على الصحة كون فعل شخص حجة له على غيره واما التمسك بالعمومات فلا وجه

له ايضاً اذ مع الاعماض عن كون الشبهة مصداقية معارض بان مقتضى عمومات الرهن ايضاً بقائه وكذا مقتضى مادل على جواز الرجوع في الاذن ايضاً صحته هذا وقد اطال الكلام في الجواهر في هذه المسئلة وفي صحة ماذكره المشهور من تقديم قول المرتهن ومقتضى اطلاقهم عدم الفرق بين صورة الجهل بالتاريخين وبين صورة العلم باحدهما واقول مقتضى ظاهر كلامهم من كون مصب النزاع سبق البيع اوسبق الرجوع ان المقام من التداعي وكون كل منهما مدعياً ومنكراً فاللازم حينئذ التحالف لاماذكروه من التساقط والرجوع الى اصل اخر وهو اصالة بقاء الرهانة لكن التحقيق ان الغرض من النزاع اثبات صحة البيع وفساده مع ان الحكم ليس معلقاً على التقدم والتأخر ولا على كون البيع قبل الرجوع أو بعده بل على صحة البيع وبطلانه وبقاء الرهانة وعدمه وان كان الشك ناشئاً عن الشك في التقدم والتأخر فلابد من ملاحظة ان اياً من القولين موافق للاصل فنقول اذا علم تاريخ البيع وجهل تاريخ الرجوع فاللازم تقديم قول الراهن لان الاصل بقاء الاذن وعدم الرجوع الى حال البيع ولايجرى لاصالة عدمه قبل الرجوع لان زمانه معلوم بالفرض مع انها لاتثبت وقوعه بعده الابالاصل المثبت والافلاحكم لعدم البيع قبل الرجوع مع انها معارضة باصل عدم الرجوع قبل البيع فيبقى اصل بقاء الاذن الى حال البيع وكذا مع الجهل بتاريخهما فان الاصل بقاء الاذن الى حال البيع ولايعارضه اصالة عدم وقوعه قبل الرجوع لما ذكر من انها من الاصل المثبت وايضاً معارضة باصل عدم الرجوع قبله فيتساقطان ويبقى استصحاب بقاء الاذن وقد عرفت انه مقدم على اصالة بقاء الرهانة فلا وجه لما في الجواهر من ان استصحاب بقاء الاذن لايمكن ان يفيد المقارنة للبيع لاحتمال تخلل الرجوع الذي قد عرفت معارضة اصالة عدمه باصالة عدم تخلل البيع بين الاذن والرجوع فاستصحاب بقاء الاذن الذي لازمه عدم الرجوع كاستصحاب بقاء المال الذي لازمه عدم البيع كما هو واضح اذالواضح خلافه كما بينا واما مع العلم بتاريخ الرجوع فالظاهر تقديم قول المرتهن للشك في تحقق شرط صحة البيع وهو الاذن اذ لايجرى استصحاب بقائه في هذه الصورة لان زمان الرجوع معلوم وهو مانع عن بقائه الى مابعده ومماذكرنا ظهر حال اشباه هذه المسئلة كما اذا اذن في بيع داره مثلاً ثم رجع عن اذنه واختلفا في انه كان

قبل البيع أو بعده ونحو ذلك كالاذن في التزويج ثم الرجوع وهكذا (مسئلة ١٦) لوكان لشخص ابنان مثلاً فمات الاب واحد الابنين واختلف وارث الابن الميت مع الابن الاخر في تقديم موت الاب او الابن فقال الابن الموجود ان اخاه مات قبل ابيه فلا يرثه حتى يكون ميراثه لوارثه وقال الوارث انه مات بعد ابيه فان كان لاحدهما بينة عمل عليها وان أقام كل منهما البينة عمل على قاعدة تعارض البينتين وان لم يكن بينة فان علم تاريخ موت الاب قدم قول الوارث لاصالة بقائه الى ما بعد موت الاب وان علم تاريخ موت الابن قدم قول الابن الموجود لان وارثيته معلومة ووارث الابن الاخر موقوف على حيوته بعد الاب وهي غير معلومة والشك في الشرط يوجب الشك في المشروط وان جهل تاريخ كل منهما فمقتضى ما يظهر منهم من كون الحكم في مسئلة الغرقى والمهدوم عليهم من توريث كل منهما من الاخر في ماله التالد على خلاف القاعدة ثبت بالاخبار الخاصة كون الحكم هو القرعة كما قد يقال او تقديم قول الابن الموجود كما يمكن ان يقال لان الشرط في الارث كما عرفت الحيوة بعد موت المورث وهي غير معلومة مع ان الاصل عدم تقدم موت كل منهما على موت الاخر فلا يرث الابن الميت ولو كان عنده تركة ايضاً لا يرثه ابوه لكن يمكن ان يقال ان الاصل بقاء حيوته الى ما بعد موت ابيه فالشرط متحقق بالاصل فتقسم تركته بين ورثة الابن الميت وبين الولد الحي كما انه لو كان للابن الميت ايضاً تركة يرثه ابوه حصته ولا يعارض الاصل الذى ذكرنا اصالة بقاء الاب الى ما بعد موت الابن لانها لا تثبت موته بعد موت ابيه لم يرتب عليها ارثه من ابنه لو كان له مال وعلى ما ذكرنا يكون ما في الاخبار من حكم ميراث الغرقى والمهدوم عليهم على القاعدة فيجرى في الموت بساير الاسباب كالحرق والقتل والسقوط من شاهق ونحو ذلك بل في الموت حتف الانف باى وجه كان سواء كان مع الفصل المعتد به بين موتهما او مع الفصل الجزئى وغير ذلك مما لم تشمله الاخبار لجريان الاصلين في المذكورات والحكم بالتوارث لنظير جريان الاصلين في واجدى المنى في الثوب المشترك ودعوى عدم كون المقام مثل مسئلة واجدى المنى واشباهها كما في الجواهر لا وجه له (مسئلة ١٧) اذا مات الاب وله ولد غايب فعزل نصيبه لاستصحاب حيوته ثم بعد ان تبين موته لم يعلم انه مات قبل ابيه او بعده واختلف في ذلك ورثته مع ساير ورثة الاب فربما يحتمل انه

يقدم قول ورثته في هذه الصورة وان لم نقل بتقديمهم في المسئلة السابقة لسبق الحكم بحيوته بمقتضى الاستصحاب لكن الظاهر عدم الفرق لان الاستصحاب المفروض حكم ظاهري مادامي وينبغي فرض المسئلة فيما لم يعلم زمان موت الاب ايضاً والا فلا اشكال في تقديم قول ورثة الابن كما كان كذلك في المسئلة السابقة ايضا

(مسئلة ١٨) لو كان اخوة ثلثة متلاقيات اثنان منهم ولم يعلم ايهما اسبق موتا وفرض ان احدهما له ولد وارث والاخر لاوارث له الا الاخوة فاختلف وارث الاول مع الاخر فقال الاول انه مات قبل ابي فنصف تركته لي من طرف الميراث من ابي منه وقال الاخر انه مات بعد ابيك فتمام تركته لي فالحكم كما في المسئلة المتقدمة من التفصيل ولا فرق بين ان يكون موتهما بالغرق او الهدم او بغيرهما لانه حيث لا توارث بينهما ولا يلحقهما حكم الغرقى والمهدوم عليهم لانه يشترط فيه عندهم التوارث بينهما وفي المقام لا توارث بينهما فان من لا وارث له الا الاخوة لا يرث من اخيه الذي له ولد اذا علم انه مات قبله والحاصل ان الحكم في هذه المسئلة ماذكرناه في المسئلة المتقدمة من الوجوه المذكورة ولو كان موتهما بالغرق او الهدم

(مسئلة ١٩) لا يخفى ان ماذكروه في مسئلة الغرقى والمهدوم عليهم من توريث كل منهما من الاخر في ماله التالد انما هو اذا لم يكن بين ورثتهما اختلاف في تقدم موت احدهما على الاخر والا فاللازم اجراء حكم النزاع فمع عدم البينة لاحدهما يتحالفان في صورة الجهل بالتاريخين ومع البينة لاحدهما يقضى له ومع اقامتهما البينة يجرى حكم تعارض البينتين فكلامهم انما هو في صورة الشك مع عدم النزاع بين الورثتين

(مسئلة ٢٠) لو مات عن ابنين تصادقا على عدم المانع لاحدهما من الارث وكان الاخر مسبوقا بالمانع من كفر او رق واختلفا في ان مانعه زال قبل موت الاب حتى يكون شريكا في الارث مع الاول او زال بعد موته حتى يختص الاول بالارث مثلا اذا اتفقا على اسلام احدهما قبل موت الاب واختلفا في ان الاخر اسلم قبل موته او بعده فان كانت هناك بينة لاحدهما قضى له وان كانت لهما عمل على قاعدة التعارض وان لم تكن بينة فمع العلم بتاريخ الاسلام ذكروا بل قيل انه لا خلاف فيه انه يقدم قول من يدعى تقدمه على الموت بيمينه فيكون شريكا مع الاخر في

الارث قال في الشرايع لو اتفقا ان احدهما اسلم في شعبان والاخر في غرة رمضان ثم قال المقدم مات الاب قبل دخول شهر رمضان وقال المتأخر مات بعد دخول رمضان كان الاصل بقاء الحيوة والتركة بينهما نصفين وفي هـ بلا خلاف ولا اشكال لكنه كما ترى اذا اصل بقاء الحيوة لا يثبت تقدم الاسلام على الموت ولا الموت عن وارث مسلم فيبقى الشك في الاسلام قبل الموت فلا يرث واما مع العلم بتاريخ الموت فيقدم قول الاخر لاصالة بقاء الكفر الى حال الموت وكذا مع الجهل بالتاريخين للاصل المذكور ولا يعارضه اصل عدم الموت الى ما بعد الاسلام لانه لا يثبت تقدم الاسلام كما عرفت فتبين ان مقتضى القاعدة تقديم قول الاخر الذي لا مانع له في جميع الصور الثلث لكن في هـ ان مقتضى الولدية الارث والكفر والرق مانعان لا ان يكون الاسلام والحرية شرطين حتى يكفي في الحكم بعدم الارث الشك فيهما قلت هذا انما يتم في الصورة الاولى واما الثانية فالمانع مستصحب وكذا الثالثة مع ان المانع ايضاً لا بد من احراز عدمه ولو بالاصل ولا يكفي مجرد وجود المقتضى مع الشك في المانع (مسئلة ٢٠) اذا مات الاب وارتد احد الابنين واختلفا في ان ارتداده كان قبل موت الاب او بعده فمع العلم بتاريخ الموت يقدم قول من يدعي كونه بعد الموت لاصالة بقاء الاسلام الى ما بعد الموت وكذا مع الجهل بالتاريخين واما مع العلم بتاريخ الارتداد فالاصل عدم الموت الى ما بعده وهو وان كان لا يثبت وقوعه قبله الا انه موجب للشك في المانع والاصل عدم الارث الا ان يتمسك بما ذكر من كفاية وجود المقتضى وقد عرفت الاشكال فيه (مسئلة ٢١) اذا كانا كافرين واسلما والاب مسلم ولم يعلم كون اسلامهما قبل موت الاب او بعده فان علم اسلام احدهما قبله واختلفا فادعى كل منهما انه السابق يحلف كل منهما على عدم تقدم اسلام الاخر فان حلفا او نكلا تقسم التركة بينهما وان احتمل بقاء كل منهما على الكفر الى حين موت الاب فلا يورث واحد منهما بل التركة للمرتبة المتأخرة الا على القول بكفاية وجود المقتضى (مسئلة ٢٢) قالوا لو ماتت امرأة وابنها فقال اخوها مات الولد اولا فالميراث لي وللزوج نصفان وقال الزوج ماتت المرئة اولا فارثها لي ولولدها وبموت الولد كله لي فان كانت لاحدهما بينة قضي له وان اقام كل منهما بينة يعمل قاعدة تعارض البينتين ومع تكافؤهما فالقرعة وان نكلا عن الحلف يحكم للزوج بثلاثة ارباع وللاخ بربع لان للزوج النصف على كل حال والنزاع في الاخر فيقسم بينهما بالمناصفة وان لم تكن بينة لا يقضى لواحد منهما اذ لا ميراث الا مع تحقق الحيوة فلا ترث الام من الولد ولا

نحو منهما بل تكون تركة الابن لابيه و تركة الام بينه وبين الاخ هذا اذا لم يعلم تاريخ موت احدهما والا فالحكم المتأخر تاريخاً بناء على الحكم بتاخر مجهول التاريخ والا فكالصورة السابقة وفي الجواهر ولو علم سبق احدهما ولكن لم يعلم ولم يتداعيا فيه فالحكم القرعة ومع اعترافهما معاً بعدم معلومية السبق والاقتران مع عدم التداعي فالمتجه عدم التوارث بينهما فيختص ارث الابن بابيه وارث الام يقسم بينه وبين الاخ (قلت) مع العلم بتاريخ موت احدهما لامانع من اجراء استصحاب حيوة الاخر ولا حاجة الى اثبات التأخر كما مر سابقا بل في صورة الجهل بالتاريخين ايضاً يجوز استصحاب حيوة كل منهما الى مابعد موت الاخر من غير فرق بين صورة التداعي وعدمه مع العلم بسبق احدهما اومع احتمال الاقتران ايضاً (مسئلة ٢٣) اذا مات رجل وله مال عند واحد فطالبه شخص بدعوى انه الوارث ليس له الدفع اليه الا بعد اثبات كونه وارثاً عند الحاكم الشرعي واذا اثبت ذلك وادعى الانحصار فكذلك لايجوز الدفع اليه الا بعد اثباته بالبينة المطلعة على احوال الميت بحيث تشهد بطريق الجزم بانحصار الوارث فيه ولاتكفي الشهادة بانه لايعلم له وارثاً غيره بل يجب استقصاء الفحص والبحث عن الوارث بحيث لوكان لظهر ومع ان لم يظهر و احتمل وجوده لايدفع اليه ايضاً الا بعد اخذ الضامن للاستظهار في حفظ مال الغير وقد يقال بعدم وجوب اخذ الضامن وعدم جواز منع الحق عن صاحبه بمجرد هذا الاحتمال لعدم العبرة به وعدم الدليل عليه ولا على اصل وجوب الفحص الا ان يتمسك بقاعدة الضرر والا فاصل العدم لازالوا يتمسكون به في الموضوعات من غير اعتبار الفحص والنظر (قلت) يمكن ان يقال ان الدليل على ماذكروه مضافا الى قاعدة الضرر ماهو المعلوم من ان الواجب على من عنده مال الغير دفعه اليه ولايجوز الدفع الى من يحتمل كونه مالكا وكونه وارثاً اعم من كونه مالكا لاحتمال وجود وارث آخر مقدم عليه اومشارك معه والعمل باصل العدم من دون الفحص يوجب الوقوع في خلاف الواقع غالبا ومعه من دون حصول العلم في معرض الوقوع في خلاف الواقع مع ان ماذكر من تمسكهم باصل العدم في الموضوعات من غير اعتبار الفحص انما هو في خصوص الشبهات التحريمية وعلى فرض كونه مطلقا حتى في

الوجوبية انه لا يجب الفحص اذا لم يكن مما يوجب تركه الوقوع في خلاف الواقع غالباً ولذا افتى وان من عليه الزكوة اذا لم يعلم مقدارها وجب عليه الفحص وكذا من حصل عنده مال لم يعلم مقداره وانه هل يكون بمقدار الاستطاعة للحج اولا يجب عليه الفحص والالزم ترك الحج في اول عام الاستطاعة غالباً هذا مع ان الاصل المذكور لا يخرج عن كونه مثبتاً اذ اصالة عدم وارث آخر لا يثبت الانحصار في المدعى وكونه وارثاً في الجملة لا ينفع خصوصاً اذا علم ان له شريكاً ولم يعلم انه واحد او اكثر فتحصل ان ماذكروه من وجوب الفحص في المقام هو مقتضى القاعدة واخذ الضامن ايضاً موافق للاستظهار في مال الناس الواجب على من بيده ايصاله اليهم نعم لو حصل من الفحص الاطمينان بعدم وارث اخر بحيث كان احتماله موهوماً جداً لا حاجة الى اخذ الضامن ثم الغرض من اخذه هو الاستظهار والاستيثاق في حفظ المال لو ظهر له مالك آخر فلو كان المدعى مليا موثوقا بوفائه على فرض الظهور كفى ولا حاجة الى الضامن ثم هل يجوز لمن عنده المال ان يدفع قبل الفحص او مع عدم اخذ الضامن اولا الظاهر ذلك اذا كان المال ديناً في ذمته الا اذا كان بحيث لو ظهر لم يكن عنده وفاء او لم يمكن الاستيفاء منه واما اذا كان عيناً فلا يجوز له ذلك ولو صدقه في دعوى الانحصار هل يصدق اولا لا يبعد ذلك كما ذكروه في نظاير المقام لكن لو تبين خلافه ضمن ولو دفعه الى الحاكم خرج عن الضمان من حيث انه ولي الغايب هذا كله اذا لم يكن المال بيد المدعى (واما اذا كان) بيده كما اذا مات شخص وله ولد في بيته فانه لا دليل على وجوب الفحص عن ورثته وان الوارث منحصر فيه اولا الا اذا علم وجود غيره ممن هو غايب فان الحاكم حينئذ يمنعه عن التصرف (مسئلة ٢٤) اذا ادعى اثنان داراً في يد ثالث انها لهما بالاشاعة بسبب الارث أو بسبب اخر متحد كالشراء أو الاتهاب أو نحو ذلك أو بسبب مختلف كما اذا ملك احدهما نصفها بالارث والاخر النصف الاخر بالشراء أو الاتهاب فان كان لهما بينة فلا اشكال وكذا اذا اقر ذو اليد لهما أو انكر وحلف لكل منهما أو رد اليمين عليهم وحلفا او اقاما شاهداً واحداً وحلفا واما اذا حلف احدهما بعد رد الحلف أو مع الشاهد الواحد دون الاخر فهل يشترك معه الاخر فيما صار له اولا فقد مر الكلام فيه سابقاً وان اقام احدهما بينة في اثبات حصته فقط فالظاهر عدم اشتراك

الآخر فلو باعها او صالحها مع المتشبث بعوض يختص به ولا يشاركه الآخر في العوض
ثم لو قبضها عيناً شاركه لاقراره بالشركة مشاعاً واما الكلام فيما لو اقر لاحدهما
بحصته وانكر حصة الآخر فمن جماعة فيما اذا كانت الشركة بسبب الارث يكون
النصف المقر به مشتركاً بين الشريكين وانه لو صالح عنه مع المقر بعوض أو باعه اياه
او صالح غيره او باعه منه كان العوض بينهما اذا اجاز الشريك والا نفذ في نصف النصف
وبقي النصف الآخر للشريك والحق بعضهم بالارث غيره من السبب المتحد كالشراء
و الاتهاب فاجرى الحكم المذكور مع اتحاد السبب مطلقاً وقد يقال بجريانه في صورة تعدد
السبب ايضاً وكون المناط اعترافهما بالاشتراك على وجه الاشاعة وذكروا في وجه الشركة
ان اقرار المتشبث بحصة احدهما رفع ليده عنها والمفروض ان المقر له معترف بالشركة بينهما
واذا صالحه عنها بعوض فقد صالح مالاً مشتركاً فيكون العوض ايضاً مشتركاً مع انه اذا
كان الاشتراك بسبب الارث يرجع اقراره الى الاقرار للميت وكون المقر به من
مخلفاته فيكون مشتركاً بينهما واستشكل صاحب المسالك في الحكم المذكور بانه لا
يتم الا على القول بتنزيل البيع والصلح على الاشاعة كالاقرار وهم لا يقولون به بل
يحملون اطلاقه على ملك البايع والمصالح الى ان قال هذا اذا وقع الصلح على النصف
مطلقاً او النصف الذي هو ملك المقر له واما لو وقع على النصف الذي اقر به المتشبث
توجه قول الجماعة لان الاقرار منزل على الاشاعة والصلح وقع على المقر به فيكون
تابعاً له فيهما واورد عليه في الجواهر بان ما ذكروه من قاعدة الانصراف انما هو فيما كان
متعلق البيع مقدار حق البايع لا في نحو المقام المفروض فيه عدم ثبوت غير الربع للبايع اذ
المفروض ان مورد البيع النصف الذي قد اقر به له بل لم يقصد المشتري الا ذلك والا لاتجه
دفع العوض له جميعاً وبقاء نصف النصف المقر به للشريك لعدم انتقاله بالبيع المفروض كون
مورده النصف المدعى به ضرورة عدم ثبوت شيء له حينئذ الا الربع فاذا فرض تنزيل
الصلح على النصف المختص به وهو الربع من النصف المقر به والربع من النصف في يد
المتشبث يختص حينئذ بالعوض ويكون الشريك على ربعه في النصف المقر به وهو غير ما
قصده المشتري قطعاً بل غير مفروض البحث اللهم الا ان يكون المراد النصف الذي لا يلحقه
شريكه به فحينئذ يختص العوض ويبقى النزاع بين الشريك والمتشبث انتهى ملخصاً

(قلت) ما يظهر منهما ومن غيرها من تنزيل اقرار المتشبث على الاشاعة فى الحصتين حتى يلزم منه ثبوت الربع للمقر له محل منع لانه انما اقر له بما هو له فى الواقع من النصف المشاع فى الدار لا المشاع فى الحصتين حتى يكون مشاعاً فى مشاع فاذا صالحه على ذلك النصف يكون تمام العوض له كما اذا صالح من نصفه الواقعى ابتداء من غير سبق نزاع واقرار فانه لا اشكال فى كون تمام العوض له وهذا واضح جداً نعم لو قسمت الدار بينه وبين المتشبث يكون الاخر شريكاً ولا يجوز له التصرف فى قسمته والتحقيق ان المسئلة مبنية على ان تسلط المتشبث على النصف الاخر الذى بيده بمنزلة تلف نصف المال المشترك حتى يكون النصف الاخر باقياً على الاشتراك اولاً والظاهر ذلك وحينئذ يتم ما ذكروه من غير فرق بين السبب المتحد والمتعدد ومن غير فرق بين الارث وغيره ومن غير فرق فى كون تسلط الغير على بعض المال المشترك وتعذر الوصول اليه بمنزلة التلف بين ما قبل القبض وما بعده ولكن يظهر من المحكى عن جامع المقاصد الفرق فى خصوص الارث بين الصورتين فانه اذا تسلط الغير على بعض التركة قبل قبض الورثة ووصولها اليهم يكون ذلك البعض بمنزلة العدم وتنحصر التركة فى البعض الباقى ويكون التلف على جميع الورثة لعدم استقرار ملكهم بالنسبة الى التالف بخلاف ما اذا كان تسلط الغير بعد القبض واستقرار الملكية وان لم تحصل القسمة بعد وبخلاف ساير اسباب الاشتراك من الشراء او الاتهاب ونحوهما فان الملكية فيها قد استقرت فلا يكون تسلط الغير على بعضها او تعذر الوصول اليه بمنزلة التلف حتى يكون الباقى مشتركا بين الجميع فيمكن اختصاص البعض الباقى ببعضهم بمثل اقرار ذى اليد وفيه ما لا يخفى لعدم الفرق فى الاشتراك فى التالف والباقى بين الصورتين فلا ينفع اقرار ذى اليد لاحد الشريكين او الشركاء بل يكون اقراره رفعاً لليد عن بعض ما فى يده فتحصل من جميع ما ذكرنا ان ليس المناط فى الحكم المذكور اقرار المتشبث لاحد الشريكين بل اعتراف المقر له بالشركة بعد كون تسلط المتشبث على البعض الباقى فى يده بمنزلة التلف نعم لو اقر لاحدهما مع احتمال انتقال حصة الاخر اليه باحد الوجوه من شراء او نحوه لا يشترك معه الاخر لعدم اعتراف المقر له بالشركة بينهما فعلاً فيختص العوض فى الصلح او البيع به وهذا واضح (مسئلة ٢٥) اذا ادعى داراً فى يد شخص انها له ولاخيه الغايب ارثاً لهما

من ابيهما وانكر من بيده فان اقام بينة على دعويه سلم اليها النصف اذا شهدت البينة الكاملة بانحصار الوارث فيهما وهل يلزم بالتسليم اذا صدقه ذو اليد في الانحصار وجهان واما النصف الاخر فقيل كما عن المبسوط انه يترك في يد المتشبث الى مجيئ الغايب واثبات حقه اذ لا يكفي في ثبوته هذه البينة اذ لا تسمع قبل الدعوى وقيل كما عن الخلاف انه ينتزع منه ويجعل عند امين لعموم دليل حجية البينة وكفاية الدعوى من الشريك خصوصاً في المقام حيث ان الحق للميت ويكفي في السماع دعوى احد وراثه والمسئلة محل اشكال هذا اذا كان الاشتراك من طرف الارث واما اذا كان من غيره فالاظهر عدم ثبوت حصة الغايب خصوصاً مع الاختلاف في السبب ثم بناء على عدم ثبوت حصة الغايب بهذه البينة فيقتسم المدعي مع ذي اليد والاحوط الاستيذان من الحاكم ايضاً وبناء على ثبوتها فالقاسم هو الحاكم أو امينه ولا يشترك الغايب مع المدعي في هذه الحصة وان كان معترفاً بان الدار مشتركة بينه وبين الغايب مع كون القاسم هو الحاكم أو امينه لان الحاكم ولي الغايب واما بناء على عدم ثبوت حصة الغايب وكون القسمة بينهما بدون اذن الحاكم فيشكل جواز تصرفه في النصف مع اعترافه بالشركة بينه وبين اخيه .

﴿ الفصل السادس عشر في حكم جملة من المسائل المتفرقة ﴾

(مسئلة ١) اذا ادعت ان زوجها طلقها وانكر فمع عدم البينة لها قدم قول الزوج مع اليمين وان انعكس بان ادعى الزوج انه طلقها وانكرت الزوجة فقد يقال بتقديم قوله ايضاً كما نقله المحقق القمي قده عن جماعة من معاصريه لان الطلاق من فعله و امره بيده ولقاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به ولانه امين من قبل الله تعالى فيكون كساير الامناء من الوكيل والولي في تقديم قوله فحينئذ مع عدم البينة يحلف على ذلك ويحكم له بوقوع الطلاق بل ربما يحتمل عدم الحاجة الى الحلف ايضاً وقد يقال بتقديم قولها وانه لا يسمع منه الا بالبينة لانه مدع فيشمله عموم قوله ص البينة للمدعي واليمين على من انكر وهو الذي اختاره المحقق القمي في رسالته الطويلة في هذه المسئلة وكون الامر بيده لا يوجب تقديم قوله و القدر المعلوم من قاعدة من ملك صورة عدم النزاع وتقديم قول الوكيل على الموكل مع النزاع انما هو من جهة

كونه بمنزلة الوكيل حيث انه جعل الامر بيده وكون فعله بمنزلة فعله لا من هذه القاعدة مع انه لا دليل عليها كلية ومن هذا يظهر الجواب عن دعوى كونه اميناً من قبل الله فيكون كسائر الامناء للفرق البين بينه وبينهم ولو كان نزاعهما في زمان وقوع الطلاق بعد ثبوته أو اتفاقهما عليه بان ادعى انه طلقها قبل بسنة لغرض عدم استحقاقها النفقة لتلك المدة وادعت تأخره فالظاهر عدم الاشكال في تقديم قولها اذ النزاع حينئذ ليس في الطلاق بل في زمانه وقاعدة من ملك على فرض جريانها في اصل الطلاق لا تجري بالنسبة الى زمانه (مسئلة ٢) اذا تنازع الزوجان في الدخول وعدمه لغرض اثبات بعض احكامه من استقرار المهر او لزوم العدة أو وجوب النفقة اذا طلقها أو جواز الرجوع بعد الطلاق أو ثبوت اللعان لنفي الولد أو ثبوت الارث اذا مات احدهما في العدة أو لحوق الولد أو نحو ذلك فالقول قول منكره لاصالة عدمه نعم بالنسبة الى لحوق الولد يمكن ان يقال يكفي احتمال الدخول لقوله ص الولد للفراش فيقدم قول من يدعي اللحوق وان كان ظاهر المشهور اشتراطه في اللحوق فيكون الشك فيه شكاً في المشروط هذا وهل يلحق بالدخول في ترتب الاحكام المذكورة الخلوة التامة بينهما حتى يكون النزاع فيها كالنزاع فيه المشهور عدم لحوقها به وعن جماعة الحاقها به تعبداً وكونها بمنزلته في ترتب الاحكام مطلقاً لظهور جملة من الاخبار في ذلك وعن بعضهم اللحوق في ظاهر الحال مع الاحتمال تقديماً له على الاصل كما يظهر من جملة اخرى من الاخبار والاقوى ما هو المشهور من عدم الالحاق مطلقاً لضعف الاخبار الدالة على ذلك باحد الوجهين وعدم مقاومتها للاخبار الدالة على اشتراط الدخول في الاحكام المذكورة مع امكان حملها على التقية واما عن ابن الجنيد من استقرار المهر بمثل التقبيل ونحوه من الاستمتاعات وان لم يدخل بها فلا دليل عليه اصلاً ثم على فرض العمل بالاخبار المذكورة فالظاهر عدم الفرق بين الاحكام المذكورة وان كانت الاخبار واردة في مسئلة استقرار المهر لان ظاهرها انه بحكم الدخول مطلقا لا في خصوص المهر مع ان بعضها مشتمل على العدة ايضاً كخبر الحلبي اذا اغلق باباً وارخى ستراً وجب المهر والعدة وبعضها مشتمل على اللعان كصحيح علي بن جعفر ع سئلته عن رجل طلق امرأته قبل ان يدخل بها فادعت انها حامل

قال ان اقامت البينة على انه ارخى ستراً ثم انكر الولد لاعنها ثم بانت منه وعليه المهر كملاً فانه دل على ثبوت اللعان لنفي الولد بمجرد الخلوة مع انه مشروط بكونها مدخولا بها فتعرض العلماء للمسئلة في مسئلة استقرار المهر وعدمه وكون الغالب في الاخبار ذكر المهر لا يدل على تخصيص الخلاف في الالحاق وعدمه لمسئلة المهر فقط مع انهم لم يتعرضوا لها في بعض الاحكام الاخر ايضاً فلا وجه لتوهم الاختصاص باستقرار المهر (مسئلة ٣) قد عرفت في المسئلة السابقة انه لو طلقها ثم تنازعا في ان عليها عدة اولا فالقول قول منكرها لاصالة عدم الدخول بها واما لو اختلفا في بقاء العدة وانقضائها فالقول قولها مع يمينها سواء ادعت البقاء او الانقضاء اذا كانت العدة بالحيض للاخبار الدالة على ان امر الحيض والحمل والعدة اليها سواء كانت مستقيمة الحيض اولا ولا يجب الفحص عن حالها لاطلاق الاخبار بل ولا فرق بين المتهمة وغيرها لكن في المرسل عن امير المؤمنين ع انه قال في امرأة ادعت انها حاضت في شهر واحد ثلاث حيض انه يسئل نسوة من بطانتها هل كان حيضها فيما مضى على ماادعت فان شهدن صدقت والا فهي كاذبة وحمله الشيخ على التهمة جمعا بين الاخبار ولكنه لا يقاوم المطلقات واما ماذكره الشهيد في اللمعة من عدم قبول دعوى غير المعتاد الا بشهادة اربع نساء مطلعات على باطن امرها ناسباً الى ظاهر الروايات وفي الجواهر لم نعثر الا على المرسل عن امير المؤمنين ع وكيف كان الاقوى تقديم قولها مطلقاً مالم يعلم كذبها وكذا يقدم قولها لو تنازعا في البقاء والانقضاء من طرف دعوى الحمل وعدمه اودعوى الوضع وعدمه واما اذا كانت العدة بالاشهر وادعت الانقضاء فالمشهور تقديم قول الزوج لان نزاعهما يرجع الى النزاع في زمان ايقاع الطلاق لكن لا يبعد تقديم قولها هنا ايضا لصدق كون النزاع في العدة فيدخل تحت الاخبار الدالة على ان امر العدة اليها (مسئلة ٤) لو تنازعا بعد الطلاق مع الاعتراف بالدخول في كونه بايناً او رجعياً يقدم قول من يدعي كونه رجعياً اذا كان النزاع في كونه ثالثاً او ثانيا مثلاً واما ان كان النزاع في كونه خلعياً اوغيره فالظاهر انه من باب التداعي لاختلاف النوعين ودعوى ان الاصل عدم كونه خلعياً لاصالة عدم البذل كما ترى اذ الخلع ليس طلاقاً مع زيادة اشتراط البذل بل هو نوع آخر من الطلاق خصوصاً على ماهو المشهور من عدم اعتبار

الاتباع بالطلاق وكفايته بلفظ الخلع (مسئلة ٥) اذا ادعى الرجوع فى الطلاق وانكرت الزوجه فان كان النزاع بعد انقضاء العدة فلا اشكال فى تقديم قولها مع عدم البينة وان كان فى اثناء العدة قبل انقضائها فيحتمل تقديم قولها ايضاً لانها منكرة وهو مدع فعليه البينة وعليها اليمين ويحتمل تقديم قوله لان امر الرجوع بيده نظير النزاع فى الطلاق كما مر سابقاً فهو وان كان مدعيا الا انه حيث يقدر على انشاء الرجوع يصح اقراره بما مر من قاعدة من ملك وغيرها وان كان الرجوع معلوما واتفقا عليه واختلفا فى انه كان قبل انقضاء العدة أو بعده فالاقوى تقديم قولها ايضا من غير فرق بين صورة الجهل بتاريخهما أو العلم بتاريخ الانقضاء أو العلم بتاريخ الرجوع لما مر من انها مصدقة فى العدة بقاء وانقضاء لكن عن الشيخ وتبعه المحقق والعلامة التفصيل بين ما اسبقت دعواه بالانقضاء أو دعواه بالرجوع فلو ادعت الانقضاء ثم ادعى هو الرجوع يقدم قولها ولو ادعى الرجوع ثم ادعت الانقضاء يقدم قوله حملا لرجوعه على الصحة وانت خبير بما فيه لعدم الفرق بين الصورتين بالنسبة الى الحمل على الصحة أو عدمه مع انه لا معنى لحمل فعل شخص على الصحة وجعله حجة على الطرف المقابل وفى المقامات التى يقدم قول مدعى الصحة انما يكون حمل فعله على الصحة حجة عليه للطرف المقابل وهذا واضح ثم لا يخفى ان عنوان المسئلة فى كلام الشيخ هو على ماذكرنا من سبق دعواها ودعواه لكن العنوان فى كلام المحقق والعلامة انه لو راجعها فادعت انقضاء العدة قبل الرجعة فالقول قول الزوج اذ الاصل صحة الرجعة وظاهره صورة الرجوع فعلاً وادعائها بعد انقضاء العدة لا اما اذا علم الرجوع و الانقضاء ولم يعلم تقدم ايهما فيفصل بين سبق دعواه أو دعواها فتدبر وكيف كان فالاقوى ماذكرنا من تقديم قولها فى جميع الصور وانه لا محل للحمل على الصحة (مسئلة ٦) لو تنازعا فى بنوة صبي مجهول النسب أو مجنون كذلك أو كبير ميت فمع البينة لاحدهما قدم قوله ويترتب عليه اثار النسب بالنسبة اليه وان كانت لهما فمع عدم المرجح لاحدى البينتين يقرع بينهما كما انه يقرع بينهما مع عدم البينة هذا اذا كان نزاعهما دفعة واحدة عرفية واما اذا سبق احدهما بالدعوى ثم ادعى الاخر فعليه البينة لانه حكم شرعاً بكونه للاول هذا ولا يسمع من الصبي بعد

بلوغه انكار الولدية لمن حكم له لسبق دعواه أو القرعة كما لا يسمع انكاره لهما ولا الاقرار بالبنوة للآخر كما لا يسمع الانكار من الذي حكم له بعد ذلك الحكم بولديته له شرعاً نعم اذا بلغ قبل القرعة وانكرهما معاً ففي قبول قوله وجهان ﴿ مسئلة ٧ ﴾ اذا كان الصبي في يد احدهما فادعاه الآخر فالظاهر تقديم قول ذي اليد ولكن ربما يستشكل بالصراف انتفاء اليد عن المقام ﴿ مسئلة ٨ ﴾ اذا تنازعا في بنوة بالغ عاقل فمع عدم البينة ان انكرهما قدم قوله وان صدق احدهما حكم به له وان صدقهما إجمالاً بان قال اعلم اني لاحدهما ولا ادري لايهما فالظاهر القرعة ﴿ مسئلة ٩ ﴾ اذا تنازعا في ولد ولد على فراش احدهما كان ادعى وطي زوجة الآخر شبهة وانكر الزوج قدم قول صاحب الفراش كما ان مع عدم الدعوى ايضا يحكم بكونه لصاحب الفراش ولا يقبل منه انكاره ﴿ مسئلة ١٠ ﴾ اذا ادعى كونه ولداً لفلان وهو منكر فلا تسمع منه بدون البينة بل وكذا اذا لم يكن منكراً بل كان ساكتاً او ميتاً ﴿ مسئلة ١١ ﴾ اذا ادعى على الزوج انه وطي زوجته شبهة فالولد له وانكر الزوج فالقول قوله وكذا اذا تنازع الاجنبيان في الولد مع تحقق وطي احدهما شبهة والاختلاف في وطي الآخر شبهة ايضاً فان الولد يلحق بالاول لاصالة عدم وطي الثاني ﴿ مسئلة ١٢ ﴾ لو تنازع الواطئان لامرأة واحدة في الولد فان لم يمكن الحاقه بواحد منهما لكون الوضع قبل ستة اشهر أو بعد اقصى الحمل بالنسبة الى وطي كل منهما فليس لواحد منهما وان امكن الحاقه باحدهما دون الآخر قدم قوله وان امكن الالحاق بكل منهما بان كان بعد ستة اشهر وقبل اقصى الحمل بالنسبة الى وطي كل منهما فان كان لاحدهما بينة قضى به له وان كانت لكل منهما عمل بقاعدة تعارض البينتين من الترجيح ثم القرعة وان لم تكن بينة اصلاً فاما ان يكون لاحدهما فراش فعلي دون الآخر واما ان يكون لكل منهما او لا يكون لواحد منهما فعلى الاول يحكم به لذي الفراش الفعلي كما اذا طلق امرأته فاعتدت ثم تزوجت باخر ثم جاءت بولد بعد مضي اقل الحمل وقبل انقضاء اقصاه بالنسبة الى كل منهما فانه يلحق بالزوج الثاني وكذا اذا كانت امة لاحدهما ووطئها ثم اعتقها وتزوجت بعد العدة او باعها ووطئها المشتري بعد الاستبراء او وطئها احدهما شبهة ثم اعتدت وتزوجت الثاني او وطئها شبهة ايضاً او كانت زوجة لاحدهما ووطئها اجنبي شبهة

ثم اعتدت ووطئها بعد عدتها من الشبهة زوجها فانه يلحق في جميع هذه الصور بالثاني لكونه ذا الفراش الفعلي ويدل على ذلك مضافاً الى قوله ص الولد للفراش الظاهر في الفراش الفعلي جملة من الاخبار منها صحيح الحلبي عن ابي عبدالله ع اذا كان للرجل منكم الجارية يطئها فيعتقها فاعتدت ونكحت فان وضعت لخمسة اشهر كان من مولاها الذي اعتقها وان وضعت بعدما تزوجت لستة اشهر فانه لزوجها الاخير (ومنها) خبر زرارة عن ابي جعفر ع عن الرجل اذا طلق امرأته ثم نكحت وقد اعتدت ووضعت لخمسة اشهر فهو للاول وان كان ولد انقص من ستة فلامه وابيه الاول وان ولدت لستة اشهر فهو للاخير « ومنها » خبر الصيقل عن رجل اشترى جارية ثم وقع عليها قبل ان يستبرء رحمها قال بئس ماصنع يستغفر الله ولا يعود قلت فان باعها من آخر ولم يستبرء رحمها ثم باع الثاني من رجل اخر فوقع عليها ولم يستبرء رحمها فاستبان حملها عند الثالث فقال ابو عبدالله ع الولد للفراش وللعاهر الحجر والمراد الاخير الذي عنده الجارية بقرينة خبره الاخر وفيه الولد للذي عنده الجارية لقول رسول الله ص الولد للفراش (ومنها) خبر سعيد الاعرج عن رجلين وقعا على جارية في طهر واحد لمن يكون الحمل قال للذي عنده الجارية لقول رسول الله ص الولد للفراش واما على الاخيرين بان كانا سواء في الفراش الفعلي أو لم يكن لاحدهما فالحكم مع عدم البينة القرعة وذلك كما اذا وطئا امرأة شبهة في طهر واحد بلا عقد أو مع العقد الفاسد اووطئ اجنبي زوجة رجل شبهة أو مع عقد أو وطأ جماعة امة مشتركة بينهم في طهر واحد ونحو ذلك فان الحكم في الجميع هو القرعة لعمومات اخبارها وخصوص جملة ولا فرق بين كون الواطئين مسلمين أو كافرين حرين أو مملوكين أو مختلفين ففي صحيح الحلبي اذا وقع المسلم واليهودي والنصراني على المرأة في طهر واحد اقرع بينهم فكان الولد للذي تصيبه القرعة ثم مقتضى ماذكرنا ان فيما لو طلق رجل زوجته فتزوجها آخر في عدة أو وطئها فيها شبهة من غير عقد وجاءت بولد يمكن ان يكون من كل منهما يكون الحكم هو القرعة لان الفراش مشترك بينهما خصوصاً في العدة الرجعية لكن المشهور اطلقوا كون الولد للثاني من غير فرق بين كون التزويج والوطي شبهة في العدة اوبعدها مع ان الاخبار الدالة على كونه للثاني

مقيدة بكون ذلك بعد العدة ويمكن ان يكون نظر المشهور الى ان الفراش يزول بالطلاق فيكون الفراش الفعلي الثاني ويمكن ان يكون نظرهم الى اطلاق بعض الاخبار كخبر ابي العباس قال اذا جائت بولد لستة اشهر فهو للاخير بل خصوص بعضها كالمرسل عن احدهما في المرئة تتزوج في عدتها قال يفرق بينهما وتعتد عدة واحدة منهما جميعاً وان جائت بولد لستة اشهر أو اكثر فهو للاخير وان جائت بولد اقل من ستة اشهر فهو للاول ثم ان الحكم في صورة عدم النزاع ايضاً كما فصل هذا ولو كان احد الواطئين زانياً فالولد للاخر لان للعاهر الحجر وكذا لو نفاه احدهما عن نفسه لكن في الزوج بالعقد الدائم لا يجوز النفي ولو نفى لا ينتفي الا باللعان وبعده يبقى الاخر بلا معارضة

﴿ الفصل السابع عشر في جملة من احكام اليمين القاطعة ﴾

للدعوى وقد مر سابقاً جملة منها ايضاً (مسئلة ۱) لا يجوز ولا يصح الحلف الا بالله تعالى بلا خلاف بل بالاجماع كما عن جماعة ويدل عليه النصوص الكثيرة فلا يصح بغيره تعالى كالانبيا والاوصياء والاماكن المشرفة كالكعبة ولا بالكتب المنزلة ونحوها مما له حرمة ولا فرق بين كون الحالف والمستحلف مسلمين اوكافرين او مختلفين لجملة من الاخبار الدالة على عدم احلاف اليهود والنصارى والمجوس الا بالله مضافاً الى الاطلاقات التي مقتضاها عدم الفرق في الكافر بين من يعتقد بالله وبين من يجحده كما ان مقتضاها عدم وجوب ضم مثل قوله خالق النور والظلمة الى الله في احلاف المجوس خلافاً لجماعة كالشيخ في المبسوط والايضاح والدروس فاوجبوا ضم ما يزيل احتمال ارادة خالق النور اوخالق الظلمة كما هو مذهب الثنوية من المجوس لكن لا دليل عليه فالاقوى عدم الوجوب وكفاية الحلف بالله و الظاهر عدم جواز الحلف بغير الله وان ضم الى الحلف به فضم غير الله اليه ليس له دخل في الحلف ثم ان في جملة من الاخبار ان امير المؤمنين ع استحلف اهل الكتاب بكتابهم وملتهم كخبر السكوني ان امير المؤمنين ع استحلف يهودياً بالتوريه التي انزل على موسى ع وخبر محمد بن مسلم عن احدهما ع قال سئلته عن الاحكام فقال في كل دين ما يستحلون به وخبر محمد بن قيس سمعت ابا جعفر ع يقول قضى علي فيمن استحلف اهل الكتاب

بيمين صبر ان يستحلفه بكتابه وملته ونحوه عن محمد بن مسلم وعن الشيخ وجماعة العمل بها فجوزوا احلاف الذمي بما يقتضيه دينه اذا رأى الحاكم انه اردع له من الباطل واوفق باثبات الحق لكنه مشكل لعدم مقاومتها للاخبار الناهية من وجوه مع ان بعضها قضية في واقعة ولعله كان مع ضم الحلف بالله فالاقوى عدم الكفاية في اسقاط الحق ثم ان المراد من الحلف بالله اعم من ان يكون بلفظ الجلالة او بغيره من الاسماء المختصة به تعالى كالرحمن والاول الذي ليس قبله شيء او المشتركة المنصرفة اليه كالخالق والرازق ونحوهما وذلك لان الظاهر من الاخبار ان المراد من الحلف بالله الحلف به تعالى في مقابل الحلف بغيره لا ان يكون بخصوص هذه اللفظة ويدل عليه ايضاً التعليل في صحيحة الحلبي لكفاية لعمر الله بانه حلف بالله والظاهر عدم الخلاف في ذلك نعم عن سيد المدارك احتمال الاختصاص بلفظ الجلالة ولعله لدعوى تبادره من الاخبار لكنه ممنوع بل المتبادر ما ذكرنا من ان المراد ذاته جل شأنه بأي لفظ كان الدال عليه بل لا يبعد ان يقال بكفاية كل ما يدل عليه من ساير الاسماء المشتركة الغير المنصرفة اليه اذا دلت عليه بضميمة القراين ان لم يكن اجماع على خلافه لصدق الحلف بالله عليه ثم ان اليمين التي توجب الكفارة كاليمين القاطعة للدعوى في عدم صحتها بغير الله وعدم انعقادها وعدم ايجابها الكفارة اذا كانت بغير الله كما ذكروه مفصلاً في كتاب الايمان (مسئلة ۲) يظهر من جملة من الاخبار ان الحلف بغير الله مضافاً الى عدم الاثر عليه في قطع الدعوى ووجوب الكفارة يكون حراماً مطلقا بل اسنده في المستند الى الاشهر بين الطائفة قال بل قيل انه مقتضى الاجماعات المنقولة وصرح به جماعة منهم المحقق الاردبيلي وصاحب المفاتيح وشارحه وبعض مشايخنا المعاصرين لكن يظهر من صاحب هر عدم القائل بالحرمة حيث انه بعد نقل الاخبار الدالة على المنع قال ولذا تردد بعضهم في اصل جواز الحلف بغير الله تعالى لكنه في غير محله للسيرة القطعية على جوازه مضافا الى الاصل ووجوده في النصوص ثم نقل جملة من الاخبار المشتملة على حلف بعض الائمة ع وبعض الاصحاب في حضور الامام ع بغير الله (قلت) والاقوى عدم الحرمة كما قال فالاخبار المانعة محمولة على الكراهة ويشعر بها اشتمال بعضها على قوله ع ولو حلف الناس بهذا واشباهه لترك الحلف بالله ويمكن حمله على محامل اخر

هذا واما مثل قوله سئلتك بالقران او بالنبي او بامير المؤمنين ع ان تفعل كذا فلا اشكال في عدم حرمته لانه ليس حلفاً بل هو من باب الاستشفاع والتوسيط ﴿ مسئلة ٣ ﴾ اذا علم ان الحالف ورى في حلفه بان قصد من اسم الله او من المحلوف عليه معنى اخر ففي كفايته في قطع الدعوى اشكال وان كان لا يبعد ان يقال كما قيل بكفاية التلفظ بالفاظ الحلف وكون المدار على نية المستحلف بل عن بعض المتأخرين دعوى الاتفاق عليه اذ لا دليل على ازيد من ذلك ويدل عليه ايضاً رواية مسعدة بن صدقة قال سمعت اباعبدالله ع وسئل عما يجوز وعما لا يجوز من النية والاضمار في اليمين فقال يجوز في موضع ولا يجوز في اخر فاما ما يجوز فاذا كان مظلوماً فاحلف به ونوى اليمين فعلى نيته و اما ما كان ظالماً فاليمين على نية المظلوم ورواية اسمعيل بن سعد عن الرجل يحلف وضميره على غير ما حلف عليه قال اليمين على الضمير يعني على ضمير المظلوم هذا في اليمين القاطع للدعوى واما اليمين الموجبة للكفارة فاللازم فيها النية وعقد القلب عليه والا فلا ينعقد (مسئلة ٤) المشهور ان حلف الاخرس بالاشارة لان الشارع اقام اشارته مقام تلفظه في ساير اموره ولكن في صحيحة محمد عن الاخرس كيف يحلف اذا ادعى عليه دين فانكر ولم يكن للمدعي بينة فقال ان امير المؤمنين ع اتى باخرس و ادعى عليه دين فانكر ولم يكن للمدعي بينة الى ان قال ثم كتب امير المؤمنين ع والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المهلك المدرك الذي يعلم من السر ما يعلمه من العلانية ان فلان ابن فلان المدعي ليس له قبل فلان ابن فلان الاخرس حق ولا طلبة بوجه من الوجوه ولا سبب من الاسباب ثم غسله وامر الاخرس ان يشربه فامتنع فالزمه الدين وعمل بها جماعة فلا باس بالعمل بها ولا يضر كونها قضية في واقعة بعد نقل الامام ع لها في مقام جواب السؤال عن كيفية حلف الاخرس مع ان الظاهر حصول الاشارة بهذا ايضاً فلا ينافي ماذكره المشهور والا فالاحوط الجمع بين الاشارة والكتابة بهذه الكيفية (مسئلة ٥) يستحب للحاكم وعظ من عليه الحلف قبل احلافه بالايات والاخبار الدالة على عدم جواز منع حقوق الناس والتحذير والانذار عن فعل المحرم وذكر الاخبار الواردة في كراهة الحلف صادقاً وثواب تركه والعقاب في الحلف كاذباً وانه من المحرمات الشديدة بل

من الكبائر الموبقة وان في بعض الروايات انه كفر بالله وفي بعضها انه مبارزة مع الله وفي بعضها انه يدع الديار بلاقع اي يوجب الفقر فان البلقع الارض القفر التي لا شيء فيها او يوجب تشتت الشمل بل في بعض الاخبار انه يوجب قطع النسل وكذا يستحب وعظ المستحلف ايضاً بما يناسب وانه يستحب له اختيار الغرم على الاحلاف اجلالاً لله وتعظيماً له ففي الخبر من قدم غريماً الى السلطان يستحلفه وهو يعلم انه يحلف ثم تركه تعظيماً لله تعالى لم يرض الله بمنزله يوم القيمة الا بمنزلة خليل الرحمن كما يستحب لمن عليه الحلف ايضاً ان يتركه ويختار الغرم عليه لرواية السكوني من اجل الله تعالى ان يحلف به اعطاه الله خيراً مما ذهب منه وفي خبر ابي بصير ان سيد الساجدين ع اعطى اربع مائة دينار وترك الحلف اجلالاً لله تعالى حين ادعت عليه مطلقته ذلك المبلغ من طرف الصداق وكانت كاذبة في دعويها (مسئلة ٦) لا يشترط في الحلف العربية بل يكفي ترجمته باي لغة كانت لصدق الحلف بالله ولا يجوز التوكيل في اجراء صيغته بان يقول عن قبل موكلي فلان والله ليس مطلوباً لفلان بكذا ﴿ مسئلة ٧ ﴾ لا خلاف ولا اشكال في انه يكفي في الحلف الاقتصار على قوله والله ليس لفلان علي كذا مثلا لكن ذكروا انه يستحب للحاكم التغليظ عليه قولا بمثل ما في خبر احلاف الاخرس من قوله والله الذي لا اله الا هو الخ او نحوه وزماناً كيوم الجمعة والعيد وبعد الزوال وبعد صلوة العصر كما في الاية ومكانا كالكعبة والمقام والمسجد الحرام والمشاهد المعظمة والمساجد الجامعة او مطلق المساجد والمحراب منها واحضار المصحف كما في خبر احلاف الاخرس حيث قال امير المؤمنين ع ايتوني بالمصحف بل امره بوضع يده عليه ونحو ذلك لان التغليظ بالمذكورات اردع له عن الحلف كاذباً واقرب الى التأثير في مؤاخذته وعقوبته واوقع في تعظيم الحلف وتجليل اسم الله تعالى ويشير الى ذلك الخبر المروي في قرب الاسناد ان علياً ع كان يستحلف اليهود والنصارى في بيعهم وكنائسهم والمجوس في بيوت نيرانهم ويقول شددوا عليهم احتياطاً للمسلمين (وهل يجب) على الحالف اجابة الحاكم الى التغليظ اولا المشهور عدم الوجوب وعدم اجباره عليه وانه لا يتحقق النكول بامتناعه منه ولكنه محل تأمل كما انهم ذكروا ان الارجح له ترك التغليظ وان كان هو الارجح للحاكم ولقد قالوا لو حلف

ان لا يجب الى التغليظ فالتمسه خصمه لم تحل يمينه لانه حلف على ترك مرجوح وهذا ايضاً محل تأمل واشكال اذ يمكن منع مرجوحية التغليظ في حقه وكون اصل الحلف مرجوحاً لا يقتضي مرجوحية التغليظ فيه على فرض اقدامه عليه مع انه يبعد رجحان الامر به للحاكم مع كونه مكروها عليه وحينئذ فانعقاد حلفه مشكل (مسئلة ٨) نسب الى المشهور ان استحباب التغليظ ثابت في جميع الحقوق وان قلت عدا المال فانه لا يغلظ فيه بما دون نصاب القطع بل في الرياض نفي الخلاف فيه وعن كاشف اللثام نسبته الى قطع الاصحاب وعن الخلاف الاجماع عليه وعن المبسوط انه الذي رواه اصحابنا لكن مستنده غير واضح والروايات غير معلومة نعم في صحيح محمد بن مسلم وزرارة لا يحلف احد عند قبر النبي ص على اقل مما يجب فيه القطع والاستناد اليه في اثبات هذه الكلية كما ترى (مسئلة ٩) المشهور المدعى عليه الاجماع انه يجب ان يكون الحلف في مجلس القضاء وانه لا يجوز للحاكم الاستنابة فيه الا لعذر من مرض مانع من الحضور او حيض مانع من الدخول في المسجد لو كان الحاكم جالسا فيه او كان الحضور عسرا عليه فانه يجوز للحاكم ان يستنيب من يحلفه في مكان اخر وكذا اذا كانت المرئة غير معتادة للبرز في المجالس وظاهرهم عدم جواز الاستنابة في مجلس القضاء وبحضور الحاكم ايضاً ولا دليل لهم على شئ من الامرين الا دعوى ان الاصل عدم ترتب اثار الحلف عليه وهو مقطوع بالاطلاقات او دعوى ان المتبادر الى الفهم من الاستحلاف ذلك وهي ممنوعة اودعوى ان الظاهر مما في الاخبار واضفهم الى اسمي المباشرة وهي ايضاً ممنوعة ومن هنا ذهب بعضهم الى عدم الاشتراط ﴿ مسئله ١٠ ﴾ لو حلف ان لا يحلف بالله ابداً فاتفق انه ادعى عليه مدع باطلا فالظاهر جواز حلفه لنفي دعواه للانصراف عن هذه الصورة ولنفي الضرر نعم لو صرح بعدم الحلف ولو في مقام الدعوى امكن ان يقال بعدم جوازه واختيارا لغرم ولا تجري قاعدة الضرر لاقدامه عليه الا ان يكون هناك رجحان في اختيار الحلف فيدخل تحت قوله ع اذا رأيت خيراً من يمينك فدعها (مسئلة ١١) قالوا يجب الحلف على البت في فعل نفسه نفياً واثباتا وفي فعل غيره اثباتا واما في نفي فعل غيره فيحلف على عدم العلم والاقوى عدم الفرق بين فعل نفسه وغيره فمع علمه بالحال يحلف على البت ولو في نفي فعل غيره وان لم يكن عالما وادعى

المدعى عليه العلم حلف على نفيه (مسئلة ١٢) يجوز الحلف على الاعم كما اذا قال اقرضتك كذا فيقول لا تستحق منى شيئاً ويحلف عليه بل لو اجاب بنفى الاقتراض جاز له الحلف على عدم الاستحقاق اصلا وليس للمدعى اجباره على الحلف على عدم الاقتراض واما العكس وهو الحلف على الاخص فلا يسقط الدعوى وهو واضح ﴿ مسئلة ١٣ ﴾ لو كان عليه دين وكان معسراً عن ادائه ولا يقبل منه الديان جاز له الحلف كاذباً مع التورية بان ينوى عدم استحقاقه المطالبة ﴿ مسئلة ١٤ ﴾ قالوا لا يجوز الحلف على مال الغير او حقه اثباتاً او اسقاطاً بل يرسلونه ارسال المسلمات ولكن لا دليل عليه الا دعوى الاجماع و الاصل وظهور الروايات والاجماع غير محقق والاصل مقطوع بالاطلاقات مثل قوله ع انما اقضى وقوله اليمين على من انكر فان طرف الدعوى اذا كان هو الولى او المتولى يصدق عليه انه منكر فيكون عليه الحلف وظهور الروايات فى اعتبار كون الحلف على مال نفسه ممنوع واستدل فى المستند مضافاً الى ماذكر بان الحلف انما يكون فيما اذا نكل من الحلف او اقر بالحق ثبت ولا يحقق شيئ منهما فى حق الغير وفيه منع الاختصاص بذلك فلا يبعد دعوى صحة الحلف من الولى الاجبارى بل والقيم والمتولى للوقف ونحوهم (مسئلة ١٥) تثبت اليمين فى جميع الدعاوى مالية كانت اوغيرها كالنكاح والطلاق والرجعة والقتل وغيرها لم يستثنى من ذلك الحدود فانها لا تثبت الا بالاقرار او البينة بجملة من الاخبار كالنبوى لا يمين فى حد ومرسلة الصدوق ادرؤا الحدود بالشبهات ولا شفاعة ولا كفالة ولا يمين فى حد ورواية غياث بن ابراهيم لا يستحلف صاحب الحد ومرسلة البزنطى انى رجل امير المؤمنين ع برجل فقال هذا قذفنى ولم يكن له بينة فقال يا امير المؤمنين ع استحلفه فقال ع لا يمين فى حد ولا قصاص فى عظم الى غير ذلك والظاهر عدم الخلاف فى ذلك بل ادعى بعضهم الاجماع عليه فيما اذا كان من حق الله المحض واذا كانت الدعوى مركبة من حق الله وحق الناس كالسرقة فبالنسبة الى حق الناس تثبت ولا تثبت بالنسبة الى حق الله كالقطع واما اذا كان الحق مشتركاً كالقذف فالاكثر على تغليب حق الله فلا تثبت فيه اليمين وعن المبسوط والدروس تغليب حق الناس فاذا ادعى عليه انه قذفه بالزنا فانكر يجوز له ان يستحلفه فان حلف بره وان

ترد اليمين على المدعى تحلف حد حد القذف وكذا اذا اتهمه بالزنا جاز ان يطلب منه اليمين على عدمه فان حلف ثبت عليه حد القذف وان رد عليه الحلف حلف سقط والاظهر ما ذكره الاكثر من عدم جريان الحلف خصوصاً في الفرض الاول بل لا يبقى الاشكال فيه واما الفرض الثاني فيمكن ان يقال ان الحد لم يثبت بالحلف على عدم الزنا بل ثبت بالقذف والحلف كان على عدم المانع منه وهو ثبوت الزنا لكن الاظهر عدمه فيه ايضاً لعموم الاخبار المشار اليها ﴿ مسئلة ١٦ ﴾ قال في الشرايع لو ادعى صاحب النصاب ابداله في اثناء الحول قبل قوله بلا يمين وكذا لو خرص عليه فادعى النقصان وكذا لو ادعى الذمي الاسلام قبل الحول يعني لينفي وجوب الزكوة في الاول وينقص عنه ما قدر عليه في الثاني ويتخلص من الجزية في الثالث بناء على وجوبها عليه اذا اسلم بعد حلول الحول وفي الجواهر تبعاً للمسالك ادعى عدم الخلاف في المذكورات بل ان الاتفاق عليه محكي قال مع ان الحق بين المبدورية ولا يعلم الا من قبلهم ظاهرهم حيث ذكروا ذلك في كتاب القضاء في ذيل احكام الحلف بعد ان ذكروا انه لا يجري في الحدود ان مرادهم ذلك حتى في مقام النزاع وانه لو ادعى عامل الزكوة او وكيل الحاكم على صاحب النصاب مثلاً ان عليه الزكوة وانكر لعدم بقاء النصاب على حاله في تمام الحول فمع عدم البينة يسمع قوله ولا يمين عليه وكذا لو ادعى متبرع بناء على سماع الدعوى التبرعية او ادعى واحد من الفقراء وانكر يسمع منه بلا يمين وكذا في دعوى النقصان في الخرص وهكذا هو من قبيل ما ذكروه لو ادعى عليه بلوغ ماله حد النصاب او انه تعلق به الخمس وانكر او ادعى عليه عدم ادائهما بعد تعلقهما بماله وادعى هو الاداء او نحو ذلك ولكن كل ذلك مشكل اذ فصل الدعوى المسموعة لابد ان يكون اما بالبينة او اليمين وعموم قوله ع البينة للمدعي الخ شامل فلا وجه لدعوى عدم اليمين مع كون الدعوى مالية بل اذا كان المدعي فقيراً يكون هو صاحب الحق لانه شريك مع المالك من حيث انه فرد للنوع غاية الامر ان المالك ليس ملزماً بالدفع اليه اذ له ان يدفع الى فرد اخر من النوع فمع فرض سماع الدعوى لا وجه لعدم اليمين ودعوى عدم سماعها كما ترى خصوصاً في عامل الصدقات المنصوب من قبل الامام ع او الحاكم واما ما في بعض الاخبار من امر الامام ع بتصديق المالك اذا ادعى

عدم الزكوة عليه فانما هو في صورة عدم علمه بوجوبها عليه فالاقوى بعد سماع
الدعوى ثبوت اليمين مع عدم البينة و يمكن ان قال ان مرادهم او مراد بعضهم
وجوب تصديقه في صورة عدم العلم وهو كذلك اذ لا يعلم الا من قبله والنص والاقع
بالدعوى على سبيل الجزم لا وجه لعدم اليمين معها فان من القواعد عندهم ان كل
من يقبل قوله فعليه اليمين و يؤيد ما ذكرنا من حمل كلامهم على صورة عدم العلم
ان بعضهم ذكر موارد اخر تزيد على عشرين مورداً انه يسمع قوله بلا يمين ذكرها
في المسالك قال و ضبطها بعضهم انه كلما كان بين العبد و بين الله تعالى او لا يعلم الا منه
ولا ضرر فيه على الغير او ما تعلق بالحد او التعزير مع انهم ذكروا وجوب الحلف في
جملة منها في مواردها مثل الوكيل والولي ومدعي رد الوديعة ونحوها هذا وفي
المستند في باب الزكوة لو قال رب المال لا زكوة في مالي يجب القبول ولا يجوز
مزاحمته للحاكم ولا للمصدق ولا للفقير بلا خلاف اعرفه كما صرح بغير واحد ايضاً
لحسنة العجلي المتضمنة لما امر امير المؤمنين ع مصدقه وفيها قل لهم يا عباد الله ارسلني
اليكم ولي الله لآخذ منكم حق الله في اموالكم فهل لله في اموالكم من حق فتؤدوه
الى وليه فان قال لك قائل لا فلا تراجعه ورواية غياث بن ابراهيم الى ان قال ان
الزكوة ليست حقاً لشخص معين او اشخاص معينين حتى يجوز له المزاحمة والدعوى
فالمزاحمة لو جازت لكانت من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر وشرطها
العلم بكونه معروفاً او منكراً وفي صورة ادعاء البرائة انها لا يعلم غالباً الا من قبله
الى ان قال ثم لو علم تعلق الزكوة على ماله وعدم اخراجه اياه كان لمن شأنه ذلك ان يكلفه
الاداء او يأخذ منه ثم قال وهل تقوم شهادة الشاهدين مقام العلم ام لا صرح في يع
بالاول والاصل يثبت الثاني انتهى ويظهر مما ذكرنا ما فيه من الانظار ثم قال في يع
بعد الكلام المتقدم اما لو ادعى الحربي ان الانبات بالعلاج لا بالسن ليتخلص من القتل
ففيه تردد والاقرب انه لا يقبل الا بالبينة (قلت) في المسئلة وجوه (احدها)
ما ذكره من عدم السماع الا بالبينة لظهور ما دل على كون الانبات علامة البلوغ في الحكم
به ما لم يعلم خلافه ومجرد الاحتمال لا يكفي في دفع اليد عن مقتضاه ولذا لا يعتنى به مع
عدم الدعوى (الثاني) سماع قوله مع الحلف فعلاً او بعد التأخير الى القطع ببلوغه

لان المدعى به لا يعلم الا من قبله فيقبل قوله مع اليمين لان قطع الدعوى لابد ان يكون بالبينة او اليمين (الثالث) سماع قوله بلا يمين لان القتل من الحدود وقدمر عدم جريان الحلف فيها مع انها تدرء بالشبهات وهذا هو الاقرب (مسئلة ١٧) ذكروا انه لو اقر بالبلوغ بالاحتلام قبل منه اذا كان محتملاً في حقه كما اذا كان ابن عشر سنين كما اختاره في الشرايع وحكاه في الجواهر عن الحلى والفاضل والكركي والشهيدين وقال بل لم يحك احد منهم خلافاً في ذلك لانه لا يعلم الا من قبله بخلاف البلوغ بالسن فانه يمكن الاشهاد عليه وكذا بالانبات لان موضعه ليس من العورة مع انه يجوز النظر اليها في مقام الضرورة ومقتضى ماذكروه ترتب احكام البلوغ عليه مما له وعليه وظاهرهم بل عن بعض التصريح بانه لا يمين عليه اذا كان في مقام الدعوى والنزاع فيقبل قوله بلا يمين قالوا والا يلزم الدور لان صحة اليمين موقوفة على البلوغ فلو كان البلوغ موقوفاً على اليمين دار وعن الدروس دفع الدور بان اليمين موقوفة على امكان البلوغ واورد عليه بمنع الكفاية (قلت) يشكل سماع قوله في غير مقام الدعوى والمرافعة فضلا عنه فيشكل ترتيب آثار البلوغ عليه مما له او عليه بان يحكم بصحة معاملاته ودفع ماله اليه وهكذا ومجرد كون الاحتلام مما لا يعلم الا من قبله لا يكفي في ترتب الاثار المشروطة بالبلوغ (وثانياً) نمنع جواز الحكم بلا يمين في مقام الدعوى بمجرد عدم امكان اليمين بل مقتضى القاعدة ايقاف الدعوى (وثالثا) نمنع لزوم الدور اذا قلنا بالحاجة الى اليمين اذ على فرض القول بسماع اقراره لكونه مما لا يعلم الا من قبله لا تتوقف اليمين على البلوغ بل على الدليل الدال على سماع اقراره والا فيمكن ان يقال يلزم الدور من اصل سماع اقراره لانه متوقف على بلوغه فلو كان بلوغه موقوفاً على اقراره لزم الدور مع انه مدفوع بمنع توقف قبول اقراره على بلوغه بل هو متوقف على الدليل الدال عليه وهو قاعدة قبول قول من ادعى ما لا يعلم الا من قبله عند احتمال صدقه ولعله الى ماذكرنا نظر في الدروس حيث قال ان يمينه موقوفة على امكان بلوغه لا على بلوغه

﴿ الفصل التاسع عشر في المقاصة ﴾

لا اشكال في جوازها اذا كان له حق عند غيره من عين او دين وكان جاحداً او مماطلا ويدل عليه الايات والاخبار (اما الايات) فقوله سبحانه وتعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى وقوله فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به وقوله والحرمات قصاص (و اما الاخبار) « فمنها » خبر جميل بن دراج سئلت اباعبدالله ع عن رجل يكون له على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذي جحده ايأخذه وان لم يعلم الجاحد بذلك قال نعم « ومنها » صحيحتا داود بن رزين وابن زربي قال في احديهما قلت لابي الحسن موسى ع اني اخالط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها و الدابة الفارهة يبعثون فيأخذونها ثم يقع لهم عندي المال فلي ان اخذه فقال خذ مثل ذلك ولا تزد عليه وقال في الاخر (قلت) لابي الحسن ع اني اعامل قوماً فربما ارسلوا الي فاخذوا مني الجارية والدابة فذهبوا بهما مني ثم يدور لهم المال عندي فاخذ منه بقدر ما اخذوا مني فقال خذ منهم بقدر ما اخذوا منك ولا تزد عليه « ومنها » صحيح ابي بكر قلت له رجل لي عليه دراهم فيجحدني وحلف عليها ايجوز لي ان وقع له قبلي دراهم ان اخذ منه بقدر حقي قال فقال نعم ولكن لهذا كلام قلت وماهو قال يقول اللهم لم اخذه ظلماً ولا خيانة وانما اخذته مكان مالي الذي اخذه مني لم ازدد شيئاً عليه ونحوها صحيحتان اخريان له وزاد في اخر احديهما وان استحلفه على ما اخذ منه جاز ان يحلف اذا قال هذه الكلمة الى غير ذلك من النصوص الكثيرة التي يأتي بعضها في بعض المسائل وتفصيل الكلام في طي مسائل ﴿ مسئله ١ ﴾ اذا كان الحق المطلوب عيناً فان كان يمكن اخذه بلا مشقة ولا ارتكاب محذور فلا يجوز المقاصة من ماله الاخر وان لم يمكن اخذه اصلاً جاز له المقاصة من ماله الاخر ان كان من جنس ماله وان لم يكن من جنسه جاز ان يأخذ بمقدار قيمة ماله ويجوز ان يبيعه ويأخذ عنه عوض ماله ويجوز ان يشتري به من جنس ماله ويأخذه ولا حاجة الى الاستيذان من الحاكم الشرعي لاطلاق الاخبار ولو امكنه اخذ ماله لكن بمشقة او ارتكاب محذور مثل الدخول في داره او كسر قفله او نحو ذلك فالظاهر جواز المقاصة من ماله الاخر ايضاً كما يجوز له اخذ ماله وان استلزم الضرر على المطلوب منه اذا كان عالماً بانه ماله ومع هذا كان جاحداً

او مماطلا اذا لم يكن مقصراً بأن كان جاهلاً بأنه ماله ففي جواز اخذه اذا استلزم الضرر وعدمه وجهان من قاعدة الضرر ومن انه انما جاء من قبل جهله والاحوط ح اختيار المقاصة كما انه اذا امكن رفع الضرر عنه بالرجوع الى الحاكم واثبات حقه الاحوط اختيار ذلك (مسئلة ٢) اذا كان الحق ديناً وكان الغريم جاحداً او مماطلا ولو بالتأخير عند المطالبة جازت المقاصة من ماله اذا لم يمكن الاستيفاء بالمرافعة ونحوها او امكن ولكن مع مشقة او ضرر بل وكذا مع عدمهما على الاقوى لاطلاق الاخبار خلافاً للنافع ولعله لدعوى انصراف الاخبار وهو ممنوع (مسئلة ٣) لا اشكال في جواز المقاصة من غير جنس الحق اذا لم يمكن الاخذ من جنسه واما مع امكان الاخذ من جنس الحق بلا صعوبة ففي جواز الاخذ من غيره وعدمه قولان الاحوط الثاني خصوصاً في الدين ﴿ مسئلة ٤ ﴾ اذا توقف اخذ مقدار الحق على التصرف في الازيد فالظاهر جوازه ويكون الزايد في يده امانة يجب ردها الى المقتص منه ولا ضمان عليه لو تلف في يده من غير تقصير ولا تأخير في رده اليه (مسئلة ٥) في المقاصة بغير الجنس يتخير بين ان يأخذه بدل ماله بعد التقويم ويجوز ان يبيعه ويأخذ من ثمنه بمقدار قيمة حقه ويجوز ان يبيعه ويشتري بثمنه من جنس حقه كما اشرنا اليه سابقاً ﴿ مسئلة ٦ ﴾ اذا اخذ ليقتص منه فتلف في يده قبل ان يقتص منه باحد الوجوه المذكورة فلا ضمان عليه مع عدم التقصير وعدم التأخير وكذا لا يضمن نقص قيمته كذلك بل في ضمانه مع التقصير في التأخير ايضاً اشكال نعم لو نقصت عينه مع التأخير ضمن (مسئلة ٧) الظاهر حصول التعاوض بين ما اخذه مقاصة وبين حقه الذي عند المقتص منه او في ذمته فتبرء ذمته اذا كان المال ديناً عليه ويملكه اذا كان عيناً لان المفروض ان المقاص يملك ما يأخذه عوض ماله فلا يبقى المعوض في ملكه والا لزم الجمع بين العوض والمعوض ولا وجه لما يظهر من المستند من بقاء العين على ملك المقاص ومنع كون ما يأخذه عوضاً عن ماله بل هو امر جوزه الشارع عقوبة ثم منع عدم جواز الجمع بين العوض والمعوض اذ المفروض انه يأخذه بعنوان العوضية عن ماله لا بعنوان العقوبة مع ان لازم ما ذكره جواز عتقه للمقاص اذا كان عبداً او جارية وجواز نقله الى الغير ولا يمكن الالتزام بذلك و ايضاً لازم ما ذكره عدم برائة

ذمة المقتص منه من الدين ايضاً مع انه صرح بسقوط حقه بعد التقاص واقعاً
(مسئلة ٨) لو رجع عن جحوده او مماطلته بعد المقاصة من ماله فبذل المال الذي عنده او في ذمته واراد رد المال الذي اخذ منه فالظاهر عدم وجوب القبول على المقاص خصوصاً اذا كان مال المأخوذ تالفاً وسيما اذا كان المال ديناً واقتص من جنسه وذلك لحصول التعاوض وصيرورة المأخوذ ملكاً للمقاص والاصيل بقاء مالكيته وبرائة ذمته من دفع العوض اذا كان المأخوذ تالفاً ودعوى ان التعاوض مادام الجحود او المماطلة لا دليل عليها فلا وجه لما في المستند من امكان ان يقال ان الثابت من الادلة ليس ازيد من جواز التصرف مادام الجحود او المماطلة وانه يستصحب ح عدم جواز التصرف الثابت قبل المقاصة اذ هو كما ترى خصوصا تمسكه بالاستصحاب المذكور المقطوع بانقطاعه ومن العجب انه ذكر بعدها التعارض بين هذا الاستصحاب وبين استصحاب جواز التصرف الثابت بعد التقاص وكذا لو عثر المقاص بعد المقاصة على ماله او امكنه الانتزاع من المقتص منه فانه ليس له اخذه ورد ما اخذه مقاصة او رد بدله اذا كان تالفاً لما ذكر من التعاوض (مسئلة ٩) هل يجوز المقاصة بالوديعة قولان فعن جماعة الجواز ونسب الى اكثر المتأخرين بل الظاهر انه المشهور وعن جماعة من القدماء المنع بل عن الغنية عليه الاجماع وعن الدروس وظاهر الروضة التوقف والاقوى هو الاول لعموم الايات والاخبار المؤيدة بقاعدتي الضرر والحرج وخصوص صحيحة البقباق ان شهابا ماراه في رجل ذهب له بالف درهم واستودعه بعد ذلك الف درهم قال ابو العباس فقلت له خذها مكان الالف التي اخذ منك كابي شهاب قال فدخل شهاب على ابي عبدالله ع فذكر ذلك له فقال ع اما انا فاحب ان تأخذ وتحلف وخبر علي بن سليمان قال كتبت اليه رجل غصب رجلا مالا او جارية ثم وقع عنده مال بسبب وديعة او قرض مثل ماخانه او غصبه ايحل له حبسه عليه ام لا فكتب ع نعم يحل له ذلك ان كان بقدر حقه وان كان اكثر فيأخذ منه ما كان عليه ويسلم الباقي اليه ان شاء الله واستدل المانعون بعمومات وجوب رد الامانة وحرمة التصرف في مال الغير وخصوص خبر ابن اخ الفضل بن يسار قال كنت عند ابي عبدالله ع ودخلت امرأة وكنت اقرب القوم اليها فقالت اسئله فقلت عماذا فقالت ان ابن اخي مات وترك مالا

فى يد انحى فاتلفه ثم افاد مالا فاودعنيه فلى ان اخذمنه بقدر ما اتلفه من شئ فاخبرته بذلك فقال ع قال رسول الله ص اد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك وصحيح معاوية بن عمار عن ابى عبدالله ع قلت له الرجل يكون لى عليه حق فيجحدنيه ثم يستودعنى مالا ألى ان اخذ مالى عنده قال هذه الخيانة (والجواب) ان العمومات مخصصة باخبار المقام ومقتضى الجمع بين الخاصين من الطرفين حمل الاخيرين على الكراهة لظهورها فى المنع مع صراحة الاولين فى الجواز مع احتمال حمل الاخيرين خصوصاً الثانى منهما على صورة الجحود مع الحلف وان كان يبعده التعليل بالخيانة ومما ذكرنا من الجمع ظهر ما فيما قد يدعى من سقوط الخاصين من الطرفين بالتعارض وكون النسبة بين العمومات من الطرفين العموم من وجه ولا ترجيح فالمرجع اصالة عدم جواز التصرف فى مال الغير وذلك لعدم تساقط الخاصين اذ هو فرع عدم امكان الجمع العرفى وعلى فرضه نقول ان عمومات الجواز ارجح بل يمكن ان يقال انها حاكمة على العمومات المانعة (مسئلة ١٠) اذا لم يكن عالماً بثبوت الحق واقعاً بل كان ثبوته بمقتضى الاصول العملية مع فرض جحود الغريم اما لاصل الحق واما لادعاء الوفاء فهل يجوز التقاص او يجب الترافع اختار فى المستند الاول ولكنه مشكل لان الظاهر من الاخبار صورة العلم بالحق نعم اذا قامت البينة على ثبوت حقه يمكن القول بقيامها مقام العلم وعلى ما ذكرنا فاذا علم علماً قطعياً بثبوت حق له على شخص وادعى هو الايفاء جاز له المقاصة واما اذا احتمل الوفاء فيشكل جوازها بل يتعين المرافعة ﴿ مسئلة ١١ ﴾ اذا ادعى على زيد وهو يقول لا ادرى انى مديون او لا فمع علمه بالحق يجوز له المقاصة كما يجوز له المرافعة ومع احتمال وفائه يشكل لما مر (مسئلة ١٢) اذا عثر على مال مشترك بين الغريم وغيره فان اذن له الشريك فى التقاص باخذ مقدار حقه منه جاز والا فلا ولا وجه لما فى المستند من جوازه حيث قال يجوز التقاص من مال الغريم المشترك بينه وبين غيره ويجب عليه اداء مال الغير وايصاله اليه للعمومات وادلة نفى الضرر لان حرمة مال الشريك ليس بازيد من حرمة الزايد على الحق من مال الغريم اذ لا يخفى ما فيه وفى تعليله (مسئلة ١٣) اذا كان ثبوت الحق خلافياً بين المجتهدين ليس له المقاصة اذا كان مقلداً لمن يقول بثبوته الا مع العلم بان الغريم ايضاً مقلداً

لذالك المجتهد ومع عدمه لابد من الترافع ﴿ مسئلة ١٤ ﴾ قال فى المستند اذا كان لزيد مال على عمرو وله مال على بكر يجوزله المواطاة مع بكر واخذ حقه منه للعمومات ويجوز لبكر اعطائه لان جواز اخذ الغريم يستلزم ذالك ويجوز حلف بكر على البرائة ولا يخفى الاشكال فيه على اطلاقه وفى تعليله ثم لو علم بكر اشتغال ذمة عمرو وانه لايمكن وصول حق زيد اليه الا بهذا الوجه يحتمل جوازه (مسئلة ١٥) اذا كان الغريم ناسياً للدين فالظاهر عدم جواز المقاصة من ماله من غير اعلامه اذا احتمل تذكره لو ذكر لعدم صدق الجحود بمجرد النسيان فلا وجه لما فى المستند من جوازها للعمومات اذهى منصرفة عن هذه الصورة ثم لو ذكره فلم يتذكر وبقى على جحوده او علم بانه لايتذكر لايبعد الجواز لكنه ايضاً مشكل لعدم صدق الجحود وكذا الحال لو كان جاهلا بانه مديون (مسئلة ١٦) يظهر من المستند جواز المقاصة اذا كان له حق ومنعه الحياء او الخوف او مصلحة اخرى عن المطالبة ولا يخفى ما فيه من الاشكال (مسئلة ١٧) قال فى المستند لو كان الغريم غائباً ولم يعلم جحوده او عدم بذله يجوز التقاص من ماله الحاضر للعمومات ولاطلاق صحيحة البقباق ورواية اسحق بل صحيحة زربى وعدم ثبوت الاجماع الثابت فى الحاضر المقر الباذل فى ذلك ولا يخفى ما فيه (مسئلة ١٨) اذا كان الغريم مديونا بديون لايفى ماله بجميعها فان كان قبل حجر الحاكم له عن التصرف جاز لصاحب الحق المقاصة بتمام حقه وان كان بعده فالظاهر عدم جوازها حتى بمقدار حقه واذا كان ميتا لاتفى تركته بتمام ديونه فكذلك لايجوز حتى بمقدار حصته لتعلق حق الغرماء بتركته هذا مع جحود الورثة واما مع عدمه فلا اشكال فى عدم الجواز ﴿ مسئلة ١٩ ﴾ لايشترط فى التقاص المباشرة فيجوز التوكيل فيه بل قال فى المستند بجوازه لغيره من غير توكيل اذا علم مطالبة صاحب الحق لحقه لانه رفع ظلم عن الغير وهو جائز بل واجب ولا يخفى ما فيه ﴿ مسئله ٢٠ ﴾ لايجوز التقاص من مستثنيات الدين اذا لم يكن له غيرها واما اذا كان عنده ما يمكنه شرائها فالظاهر جوازه كما اختاره فى المستند قال لان المستثنى ليس عين المذكورات بل اعم منها ومن اثمانها (مسئلة ٢١) اذا كان للغريم الجاحد او المماطل عليه دين جاز ان يحتسبه عوضاً عما عليه مقاصة اذا كان بقدره والا فبقدره سواء كان من جنسه او غيره فله ان يجحد

ويحلف عليه اذا ترافع معه (مسئلة ٢٢) اذا تبين له بعد المقاصة انه كان مخطئاً في دعواه وجب عليه رد ما اخذه اورد عوضه اذا كان تالفاً وعليه غرامة ما وقع من الضرر سواء كان خطائه في الحكم او الموضوع كما انه كذلك لو تبين ان ما اخذه كان ملكاً لغير الغريم (مسئلة ٢٣) هل يجوز لآحاد الفقراء المقاصة من مال من عليه الزكوة وهو جاحد او لا الظاهر ذلك باذن الحاكم في خصوص مورد بل على نحو العموم واما بدون اذنه فمشكل وان كان كل واحد من الفقراء مالكاً من حيث كونه فرداً للنوع وكذا اذا اوصى بشيء للفقراء وكان الوارث او الوصي جاحداً او مماطلاً وكذا في الوقف بالنسبة الى جحود المتولي او مماطلته واختار في المستند جوازها ولو من غير اذن الحاكم قال الحق الذي يجوز تقاصه اعم من ان يكون ذو الحق معيناً او واحد الافراد فلو اوصى احد بشيء لواحد من اولاد زيد يجوز لاحدهم مقاصته بعد الجحود او المماطلة لصدق كون حقه عليه لان ذلك ايضاً نوع حق وعلى هذا فيجوز للفقير تقاص الزكوة والخمس والمظالم من الغنى المماطل (مسئلة ٢٤) لا تحقق المقاصة بدون الاخذ والتسلط على مال الغريم فلا يجوز تملك داره او عبده او امته مع كونها بعد في يده فلا تتحقق بمجرد النية نعم لو كان ماله في يد شخص لا يبعد جواز بيعه عليه بعنوان المقاصة عن حقه الذي عليه وان كان لا يخلو عن اشكال لانه لم يصر ملكاً له الا بعد المقاصة ولا سيم الا في ملك (مسئلة ٢٥) اذا كان صاحب الحق مديوناً لشخص يجوز له ان يوكله في اخذ حقه من الغريم الجاحد مقاصة ثم يملكه عوضاً عن طلبه وهل يجوز ان يأذن له في استيفاء دينه منه بان يتملك ماله لنفسه بعنوان المقاصة لصاحب الحق فيه اشكال لانه لا يصير وفاء لدينه الا بعد تملكه فلا بد من حصول الملك له اولاً ثم وفاء الدين به ولا يمكن ان يكون العمل الواحد تمليكاً لشخصين على الترتيب ولا بد من التأمل (مسئلة ٢٦) قد عرفت ان العين المغصوبة المجحودة تصير بعد التقاص من مال الغاصب ملكاً للمقتص منه بمقتضى العوضية فهل يجوز بعد ذلك للغاصب التصرف فيها او يبقى على الحرمة الظاهر الجواز ما لم يطالب المالك استردادها فيكون اعانى طريق التملك والمسئلة محتاجة الى التأمل (مسئلة ٢٧) مقتضى اطلاق الاخبار عدم وجوب اعلام المقتص منه بفراغ ذمته من الدين او بخروجه من ضمان العين وحرمة

التصرف فيها (مسئلة ٢٨) الحق المقتص عنه كما يجوز ان يكون عيناً اودينا كذلك يجوز ان يكون منفعة كما اذا غصب منفعة داره وكان جاحداً اومماطلاً بل يمكن ان يكون حقا ماليا كحق التحجير والمقتص به ايضاً يمكن ان يكون منفعة ولوكان المقتص عنه عيناً (مسئلة ٢٩) لا يجوز الاقتصاص من ماله الذي تعلق به حق الغير كالعين المرهونة للغير والتي تعلق بها النذر ونحوه (مسئلة ٣٠) اذا غصبه العين التي له فيها حق الرهن يجوز له ان يأخذ من ماله بدل رهنه ما يجعله وثيقة دينه (مسئلة ٣١) يجوز للحاكم الشرعي من باب الولاية الشرعية الاقتصاص من مال من عنده ولو في ذمته الزكوة او الخمس او المظالم مع جحوده اومماطلته اذا لم يمكن له اجباره على الاداء (مسئلة ٣٢) اذا غصب العين الموقوفة يجوز المقاصة من ماله بدلها اذا لم يمكن الاسترجاع ابداً والا فيقتص من ماله عن منافعها مادامت مغصوبة ﴿ مسئلة ٣٣ ﴾ انما يجوز التقاص من ماله اذا لم يحلفه الحاكم الشرعي والا فلا يجوز كما مر سابقاً وما في خبر الحضرمي من الجواز اذا حلف بعد جحوده فمنزل على الحلف من عنده او باستحلاف المدعي من دون تحليف الحاكم الشرعي (مسئلة ٣٤) مقتضى اطلاق الاخبار الكثيرة عدم وجوب ما تضمنته اخبار الحضرمي من الدعاء عند ارادة التقاص كما هو المشهور فحملوها على الاستحباب لكن عن النافع والابي والايضاح وجوبه والاقوى هو الاستحباب حملا لها عليه ويمكن ان يكون المراد منها كون قصده الاخذ بعوض ماله وبعنوان المقاصة لا بعنوان الخيانة ولا وجوب التلفظ بذلك فلو لم يكن ملتفتا الى التقاص اولم يكن عالما بجوازه واخذ من غير قصد العوضية لم يجز ولم يملك (مسئله ٣٥) اذا كان الحق مشتركاً بينه وبين غيره فهل يجوز له ان يأخذ من مال الغريم بمقدار حصته ويملكها اولا الظاهر ذلك اذا كان الحق عيناً لانه بمنزلة بيع حصته بهذ المأخوذ بل وكذا اذا كان ديناً وكان المأخوذ من غير جنسه لانه ايضاً بمنزلة البيع واما اذا كان المأخوذ من جنسه فيمكن ان يقال بان اخذه من باب الوفاء بان يكون الاذن في التقاص من باب سقوط حق التعيين وكون امره بيد المديون بل يحتمل ذلك في صورة كونه من غير الجنس ايضاً بان يكون من باب الوفاء بغير الجنس وحينئذ فيكون كما اذا وفاه المديون في كون

المأخوذ مشتركا بناء على ان الدين المشترك اذا اخذ احد الشريكين مقدار حصته يشترك فيه الشريك الآخر ولم ار من تعرض للمسألة (مسئلة ٣٦) قد عرفت عدم الحاجة الى اذن الحاكم في التقاص في الماليات واما القصاص فهل يحتاج الى اذنه اولا قولان فمن ف ؔ وموضع من المبسوط الاحتياج اليه وعدم جواز استقلال الولي به وهو المحكي عن المقنعة والمهذب والكافي و الفاضل في القواعد وعن الغنيه نفي الخلاف فيه بل عن ف ؔ الاجماع عليه وعن جماعة عدم الحاجة اليه حكى عن موضع اخر من المبسوط ونسبه في المسالك الى الاكثر وفي الرياض الى اكثر المتأخرين بل عامتهم وهو الاقوى للاصل و العمومات مثل قوله عز من قائل من اعتدى عليكم الخ وقوله وان عاقبتم الخ وعموم الاخبار الدالة على جواز اقتصاص الولي وعدم الدليل على القول الاول الا دعوى الاجماع الموهون بظهور الخلاف مضافا الى عدم حجيته والقياس على الحدود الذي لا يجوز العمل به و احتياج اثبات القصاص وكيفياته الى الاجتهاد لاختلاف الناس في شرايطه مع الخطر في امر الدماء (وفيه) ان محل الكلام صورة تيقن كون الحكم هو القصاص مع معلومية كيفياته وربما يستدل او يؤيد بمفهوم قوله ع ؔ من قتله القصاص بامر الامام ع ؔ فلا دية له في قتل ولا في جراحة (وفيه) عدم حجية مفهوم الوصف مع ان مقتضاه ثبوت الدية اذا لم يكن باذن الامام ع ؔ ولا يقولون به وايضا الظاهر ان المراد من الخبر صورة الانجرار الى القتل او الجرح خطاء والظاهر ثبوت الدية من بيت المال اذا كان بامر الامام ع ؔ ايضا فيحمل على انه لا دية له على القاتل والجارح اذا كان بامر الامام ع ؔ بخلاف ما اذا كان الخطأ من دون امر الامام ع ؔ فانه يثبت الدية عليه فتأمل وكيف كان فالاقوى عدم الحاجة الى الاذن وان كان هو الاحوط خصوصاً في قصاص الاطراف ثم على القول الاول لو ترك الاستيذان لم يترتب عليه قصاص ولا دية لانه استوفى حقه غاية الامر ثبوت التعزير بناء على ثبوته في ترك كل واجب واتيان كل محرم نعم لو كان الاولياء جماعة هل يجوز لكل منهم الاستقلال بالاستيفاء اولا يجوز الا باذن الباقين قولان فمن جماعة عدم جوازه الا باذن الجميع او توكيل خارج عنهم وعن غاية المرام نسبته الى المشهور وعن جماعة اخرى انه يجوز لكل منهم المبادرة من دون اذن البقية لكنه يضمن حصته

من لم ياذن والاقوى هو الاول لانه مقتضى اشتراك جماعة في حق وعدم انه لو كان لكل منهم الاستقلال لم يكن وجه لضمان حصص الباقين بخلافه على الاول لانه حينئذ فوت حق البقية فيكون ضامناً ودعوى كونه مستحقا للقصاص لو اثم وبادر كما حكي احتماله عن الفاضل وغيره لانه استوفى اكثر من حقه فيكون عاديا فيترتب عليه القصاص كالاجنبي في قتله الذي لا اشكال في استحقاقه القصاص مدفوعة بالمنع اذ القدر المعلوم هو الاثم في ترك الاستيذان الى اشتراطه في ثبوت الحق حتى يكون كالاجنبي القاتل لمن عليه القصاص (مسئلة ٨٣) الدية من الحقوق المالية فيجري فيها التقاص مع الجحود او المماطلة من غير حاجة الى اذن الحاكم الشرعي واما الحدود فلا اشكال في كون اجرائها من وظيفة الحاكم الشرعي وكذا التعزيرات نعم التأديب بالضرب ونحوه من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر لا يحتاج الى الاذن وكذا تاديب الاباء للاطفال وكذا المعلم نعم يشترط فيه الاستيذان من ابائهم ومع عدمهم فمن الحاكم الشرعي

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ فصل في مسائل القسمة ﴾

وهي على ما ذكروه تمييز حق الشركاء والاولى التعبير بالتعيين لان الظاهر من التمييز ان يكون له واقع معين وليس كذلك مع انه يصدق التقسيم على توزيع مال على جماعة من غير سبق حق لهم فيه ثم هي معاملة مستقلة وليست بيعا فلا يترتب عليها اثاره الخاصة من الشفعة وخيار المجلس واشتراط القبض في النقدين ونحو ذلك وليست معاوضة فلا يلحقها الربوا بناءً على اختصاصه بالمعاوضات نعم يتحقق فيها التعاوض لكن لا بعنوان المعاوضة (مسئلة ١) يشترط فيها الرضا في تعيين حصة كل منهما حتى في قسمة الاجبار لان الجبر في اصل القسمة لا يستلزم الجبر في تعيين الحصة نعم لو لم يتراضيا تعين بالقرعة هذا في الشركة الاشاعية واما اذا كانت نحو الكلي في المعين فالتعيين بيد من عليه ففي مثل البيع بيد البايع وفي مثل الوقف على الفقراء بيد المتولي وفي الخمس والزكوة بيد المالك نعم اذا كان ملك الجميع بنحو الكلي في المعين كما اذا كانت صبرة مشتملة على عشرة اصوع فباع صاعا منها من زيد وصاعا من عمرو وهكذا الى تمام العشرة فحكمه حكم

بالشركة الابتداء بتقسيم اعتوار رضى الجميع في تعيين حصة كل واحد (مسئلة ٢)
قالوا ينبغي للامام ع ان ينصب قاسماً لانه من المصالح العامة ومن القواعد الاجماع
عليه وفي الجواهر لاريب فيه وانه كان لعلى ع قاسم اسمه عبدالله بن يحيى ويظهر من
بعضهم استحبابه للحاكم مطلقاً ويشترط فيه البلوغ والعقل والايمان والعدالة والمعرفة
بالحساب ولا يشترط فيه الحرية قلت لا دليل على استحباب ذلك بالخصوص بحيث يكون
من بطانة القسمة ومقبول القول فيها نعم مع الاحتياج اليه لامانع من جواز نصبه
والا فلا اشكال في جواز تصديهما بنفسهما وجواز توكيلهما غيرهما حتى الكافر ثم يشكل
توكيل الصبي لعدم صحة معاملاته وكون عبدالله بن يحيى قاسماً لامير المؤمنين ع لادلالة
فيه على استحبابه بالخصوص مع انه يحتمل ان يكون قاسماً له في امر بيت المال وتوزيعه على
مستحقيه ثم لا يشترط في القاسم التعدد سواء كان منصوباً من الحاكم او وكيلاً عنهما الا
مع عدم رضا احدهما الا بالتعدد من غير فرق بين قسمة الاجبار وقسمة الرد وغيرها
لكن في الشرايع لابد من اثنين في قسمة الرد لانها تتضمن تقويماً فلا ينفرد الواحد به
(وفيه) ان غير قسمة الرد ايضاً قد يحتاج الى التقويم وقد لا تحتاج هي ايضاً اليه مع
ان القاسم لا يلزم ان يكون مقوماً فان احتاج الى التقويم عين اثنين له (مسئلة ٣)
اجرة القسام المنصوب من الحاكم من بيت المال وان لم يكن فعليهما كالمنصوب منهما وهي
على السهام لا على الرؤس واذا استأجره احدهما فالاجرة عليه ولو استأجراه دفعة فالاجرة
عليهما حسب اقراره من المساوات او التفاوت ومع الاطلاق عليهما بحسب سهمهما
وان كانوا جماعة فبحسب سهامهم لا على الرؤس فان مقتضى القاعدة كون الاجرة على
العمل اذا كان مشتركاً لا على الرؤس ولو استأجراه متعاقباً فقد يستشكل في صحة الاجارة
الثانية لانها قد وجب عليه بالاجارة الاولى فلا محل للثانية وربما يجاب بان صحة الاولى
موقوفة على رضى الشريك الاخر اذ لا يجوز التصرف في حقه الا برضاه ومعه كانهما
استأجراه معاً فلا موقع للاجارة الثانية حتى يرد الاشكال (وفيه) انه يمكن
ان لا يتوقف التقسيم على التصرف في المال المشترك حتى يحتاج الى رضا الشريك وايضاً
يمكن ان يكون القاسم ماذوناً من قبله في التصرف في ماله فلا يندفع الاشكال والتحقيق
انه اذا اتحد عنوان الاجارتين لم تصح الثانية كان يستأجره كل منهما على التقسيم

وان کان العنوان متعددا صح کل منهما وان کانا امثل واحدا کان یستاجره الاول علی تمییز حقه من حق شریکه والاخر ایضا کذلک فانه لامانع منه وکذا الحال فی کل ما کان من هذا القبیل کان یستاجره احدهما للمشی الی مکة للحج ویستاجره اخر للمشی الیها للخدمة وهکذا ﴿مسئلة ٤﴾ لایشترط فی صحة القسمة ولا فی لزومها الرضا بها بعدها بل یکفی الرضی السابق المقارن کما فی سایر المعاملات سواء کانت بلا قرعة او معها من غیر فرق بین کونها اجبارية او ردية او غیرهما ولا بین کون القاسم منصوبا من الامام ع او الحاکم او غیره ککونه منهما او من وکیلهما او اجیرهما لعدم الدلیل علیه بعد وقوعها بالرضی المقارن وذهب بعضهم الی اعتباره فی غیر صورة کون القاسم منصوبا وبعضهم فی غیرها و غیر الاجبارية وبعضهم فی خصوص الردية ولا وجه لشیء منهما سوی دعوی اصالة بقاء الشرکة بدون الرضا بعدها او دعوی کونها معاوضة وهما کما تری مع انه لا وجه للفرق بین القاسم المنصوب وغیره بل وبین الردية وغیره وکونها معاوضة لایقتضی اعتبار الرضی بعدها بل یقتضی العدم کسایر المعاوضات (مسئلة ٥) الاقوی عدم اعتبار القرعة فی القسمة الا اذا تنازعا فی تعیین حصتیهما من غیر فرق بین اقسامها خلافا لجماعة بل قیل انه ظاهر الجمیع وذلک لعدم الدلیل علی اعتبارها مع ان مقتضی عموم تسلط الناس علی اموالهم وکونه عند شروطهم وصحة التجارة عن تراض لزومها وصحتها بدونها بل یمکن ان یستدل علیه بالاخبار الواردة فی قسمة الدین کخبر غیاث فی رجلین بینهما مال بایدیهما ومنه غایب عنهما اقتسما ما فی ایدیهما واحال کل منهما نصیبه فاقتضی احدهما ولم یقتض الاخر قال ع ما اقتضی احدهما فهو بینهما وما یذهب فهو بینهما او بمضمونه جملة اخری فان ظاهرها صحة قسمة ما بایدیهما مع عدم القرعة ودعوی احتمال کون القرعة داخلة فی حقیقة القسمة بحیث لایصدق اسمها بدونها کما تری وذکر فی الجواهر فی تقریب شرطية القرعة ما ملخصه ان مقتضی تعریف القسمة بانها تمییز الحقوق کون حصة الشریک کلیا دائرا بین مصادیق متعددة فیکون محلا للقرعة اذ هی حینئذ لاخراج المشتبه وتعیین ما لکل منهما من المصداق واقعا فتکشف حینئذ عن کون حقه فی الواقع ذلک بل لولا الاجماع امکن ان یقال ان المراد من اشاعة الشرکة دوران حق الشریک بین مصادیقه لا کون کل جزء یفرض مشترکا بینهما والا لاشکل

في الجزء الذي لا يتجزى واشكل قسمة الوقف من الطلق لاستلزامه صيرورة بعض اجزاء الوقف طلقا وبعض الطلق وقفا ولزم ايضاً عدم اشتراط تعديل السهام لعدم المانع من تعويض الاقل بالاكثر مع الرضا مع ان التعديل معتبر فيها وفاقده ليس من القسمة شرعا قطعا (قلت) لا يخفى ما فيه من سوء البيان والمصادرة مع ان كون المراد من الاشاعة ماذكر مما طل قطعا اذ عليه ترجع الى الكلي في المعين والفرق بينهما في غاية الوضوح ﴿ مسئله ٦ ﴾ اذا طلب احد الشريكين القسمة وجب على الآخر اجابته مع عدم الضرر ومع امتناعه يجبر عليها والمناط في الضرر نقص القيمة فاحشا بحيث يصدق عرفا انه اضر عليه فيشمله عمومات نفي الضرر وقيل المناط الخروج عن الانتفاع بالمرة ولا وجه له كالا وجه للقول بان المناط نقصان الانتفاع به عما كان سابقا ولو كان الضرر غير نقص القيمة او المنفعة فهل يكفي في عدم الاجبار ام لا الظاهر كفايته اذا كان في القسمة بما هي قسمة واما اذا كان خارجيا فلا وان كان بسبب القسمة كما اذا كان شريكه من لا يقدر احد عليه واذا استقل هو بحصته يتمكن الغاصب من غصب ماله مثلاً واذا كان ترك القسمة ايضا ضررا على الطالب لها يلاحظ اكثر الضررين كما في ساير المقامات ومع التساوي يبقى عموم الناس ولو كان الضرر على من يطلب القسمة لم يمنع من وجوب اجابته الا اذا كان بحيث يخرج عن المالية فانها سفه وتضييع للمال الا ان يكون هناك غرض عقلائي (مسئلة ٧) القسمة اما ان تكون بنحو الافراز كما في المثليات من الحبوب والادهان من نوع واحد واما ان تكون بالتعديل كما في القيميات من نوع واحد او انواع كالدور والدكاكين والعبيد ونحوها واما ان تكون بالرد بضم شيء الى احد الطرفين من الخارج قالوا ان الاولى يجبر عليها وكذا الثانية ان لم يكن ضرر واما الثالثة فلا يجبر عليها لانها متضمنة للمعاوضة والاقوى ان المدار في الجميع على الضرر وعدمه ودعوى الفرق بين قسمة الرد وغيرها وكونها متضمنة للمعاوضة دون غيرها ممنوعة نعم تستلزم التعاوض كغيرها فما في المسالك من اعتبار اجراء صيغة الصلح او غيره بالنسبة الى مقدار الرد ولولا ها جرى عليه حكم المعاطات من عدم اللزوم الا بعد التصرف لا وجه له ثم لا فرق في صحة قسمة التعديل والاجبار عليها مع عدم الضرر في الاجناس المختلفة بعضها في بعض بين كونها بسبب متحد وبين كونها باسباب مختلفة بان يكون بعضها

بالارث وبعضها بالصلح او الهبة او البيع ونحو ذلك لصدق الاشتراك فيها على وجه
الاشاعة لكن في الجواهر اشتراط اتحاد السبب وانه لا موضوع للقسمة فيما
اجاده مشتركة باسباب مستقلة من دون شركة مجموعة لان لكل من الشريكين
النصف من كل منهما مثلا لا نصف المجموع ولا يجب عليه معاوضة ما
يستحقه في احدهما بالشركة في الاخر بخلاف ما لو كانت
الشركة بسبب واحد في المجموع فانه يصدق ان لكل منهما
نصف المجموع وفيه منع عدم الصدق فلا وجه
للاشتراط المذكور ثم يشترط فيه عدم
امكان قسمة الافراز في كل من
تلك الاجناس والا قدم الافراز على
التعديل (مسئلة ٨) يجوز قسمة بعض
المال المشترك وابقاء بعضه على الاشتراك وكذا
يجوز مع تعدد الشركاء افراز حصة بعضهم وابقاء حصة الباقين
على الاشاعة والله العالم

تم كتاب القضاء والقسمة بالخير



(هذا آخر ما وجدناه مما صدر من قلمه الشريف في كتاب القضاء من)
(تتمات العروة الوثقى التي لم تنظر عين الزمان الى كتاب مثلها)
(في كثرة الجمع والتفريع مع الاشارة غالبا الى الدليل باوضح)
(بيان واصح برهان وقد اجتهدنا في تصحيحها)
(باشراف بعض العلماء الاعلام عليها وتصحيحه)
(لها ولكن كانت النسخة المخطوطة التي)
(صدر الطبع عنها سقيمة جدا غير)
(مصححة على نسخة الاصل فلهذا)
(بقيت بعض الاغلاط النادرة و)
(لعلها لا تخفى على الافاضل)
(انشاء الله مضافا الى مالا)
(بد منه من اغلاط)
(الطبع والله الموفق)
(وبه المستعان)

آمين يارب العالمين